

مجلة الحقوق

للبحوث القانونية والاقتصادية

تصدرها

كلية الحقوق

جامعة الاسكندرية



السنة الخامسة عشرة (١٩٧٠)

العدد الأول

مجلة الحقوق

للبحوث القانونية والاقتصادية

تصدرها

كلية الحقوق فى جامعة الاسكندرية

مؤسس المجلة : الدكتور زكي عبد المتعال

رئيس التحرير : الدكتور حسن كيره

السنة الخامسة عشرة (١٩٧٠)
العدد الأول

مطبعة جامعة الاسكندرية
١٩٧١

تقـــديم

بدأت مجلة الحقوق منذ العام الفائت تطابق ما بين تاريخ العدد وتاريخ الصدور ، ولكن ثمّ مطابقة أخرى بقيت واجبة .

فقد بدأت هذه المجلة فى سنيها الأولى بالصدور فى أربعة أعداد متفرقة سنوياً . ثم اضطرها ضغط المصروفات وقلة التوزيع المحتوم لمجلة لها مثل هذا الطابع الأكاديمى المحض إلى الاكتفاء بالصدور مرتين فى العام . ولكنها ظلت متمسكة بالصيغة الأولى بحيث كان كل مجلد يشير إلى ضمه عددين معاً.

وإذا كان لهذا المسلك ما يبرره من ارتقاب العودة إلى الصدور فى أربعة أعداد متفرقة فى السنة ، فمن الأفضل مع ذلك — فى انتظار الظروف المواتية لتحقيق هذا الأمل — العمل على مطابقة الواقع . ولذلك تبدأ المجلة من هذا العام الخامس عشر الصدور سنوياً فى عددين اثنين ، مواصلة السير قدماً فى سبيل نشر الفقه القانونى الرفيع ، لا يعنيها الكم بقدر ما تحرص على الكيف .

رئيس التحرير

الفهرس

صفحة

الجديد فى عقد التحكيم واجراءاته

الأستاذ الدكتور أحمد أبو الوفا ٣

التنازع الزمنى لقوانين المرافعات

الأستاذ الدكتور أحمد أبو الوفا ٣١

علم التنظيم وعلوم الادارة

الأستاذ الدكتور محمد فؤاد مهنا ١١١

قاعدة الزامية السابقة القضائية وأفولها فى القانون الانجليزى الحديث

الدكتور برهام محمد عطا الله ١٢٧

أثر حسن النية على رجوع المشترى بالضمان

الأستاذ الدكتور توفيق حسن فرج ١٨٣

بسم الله الرحمن الرحيم

الجديد فى عقد التحكيم واجراءاته

بمقتضى قانون المرافعات رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨

الاستاذ الدكتور احمد أبو الوفا

١ — مقدمة :

الجديد فى عقد التحكيم واجراءاته بمقتضى قانون المرافعات رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ ليس بجديد علينا ، فقد كان هو ما انتهينا اليه من دراستنا السابقة للتحكيم (١).

ولعل أهم مستحدثات القانون الجديد فى باب التحكيم هو النص على وجوب تعيين اشخاص المحكمين فى الاتفاق على التحكيم أو فى اتفاق مستقل (م ٥٠٢/٣ منه) ، والنص بالتالى على أن أحكام المحكمين لا تقبل الطعن فيها بالاستئناف (م ٥١٠) .

وجاء فى المذكرة التفسيرية للقانون لتبرير ما تقدم «... ان الثقة فى حسن تقدير المحكم وفى حسن عدالته هى فى الأصل مبعث الاتفاق على التحكيم» .

وقلنا من قبل (٢) « حقيقة المقصود من التحكيم الاستغناء به عن الالتجاء إلى القضاء ، وكثيراً ما تكون الثقة فى حسن تقدير المحكم وفى حسن عدالته هى مبعث الاتفاق على التحكيم ، ومن هذا الاتفاق ينبثق الحكم . لهذا يكون من المغالاة فى التمسك بالشكليات ، بل نقول من المغالاة فى تحقيق ضمانات الخصوم أن يكون حكم المحكم قابلا للطعن . ومن الغريب أن يجيز المشرع التحكيم ، ثم يجيز استئناف حكم المحكم أمام المحاكم ، وتأخذ بعدئذ الاجراءات سبيلها إلى طبقات المحاكم المختلفة بينما تكون قد بدأت بالتحكيم بقصد تفادى السير فى هذه الاجراءات واختصارها » .

---

(١) انظر كتاب التحكيم بالقضاء وبالصلح للدكتور احمد أبو الوفا سنة ١٩٦٤ .

(٢) المرجع المتقدم رقم ١٢٥ ص ٣٠٥ وص ٣٠٦ .

وللأسباب المتقدمة نص القانون الجديد أيضاً على أن المحكمين يصدرون حكمهم غير مقيدين باجراءات المرافعات عدا مانص عليه فى باب التحكيم[1]. (م٥٠٦/١).

وقلنا أيضاً من قبل [2] [3] « انه لما كانت المادة ٨٣٠ (من القانون السابق) تنص على أنه لا ينقضى التحكيم بموت أحد الخصوم إذا كان ورثته جميعاً راشدين وانما يمتد الميعاد المضروب لحكم المحكمين ثلاثين يوماً ، وكان هذا النص المنقول عن المادة ١٠١٣ من القانون الفرنسى محل نقد لانه يقرر امتداد الميعاد ثلاثين يوماً وقد لا تكفى هذه المدة لاصدار الحكم لأنه يتعين أولا تنظيم أمر التركة والفصل فى كل نزاع يتعلق بتحديد ورثة المتوفى وقد يطول أمد النزاع فى هذا الصدد ، كما أن هذا النص لم يتناول حالة فقد أهلية الخصوم فيكون من الأوفق النص على أن الخصومة تنقطع أمام المحكم لقيام سبب من أسباب انقطاعها المقررة فى القانون ، على أن يترتب على الانقطاع أثره المقرر قانوناً فى وقف المواعيد وبطلان الاجراءات التى تحدث أثناء الانقطاع لمصلحة من قام به سببه » .

وجاءت هذه العبارة المتقدمة بذاتها فى المذكرة التفسيرية للمادة ٥٠٤ من القانون الجديد التى تنص على أن « الخصومة أمام المحكم تنقطع إذا قام سبب من أسباب انقطاع الخصومة المقررة فى هذا القانون . ويترتب على هذا الانقطاع الآثار المقررة فى هذا القانون » .

وقلنا أيضاً انه يجب النص صراحة على أن تنفيذ الحكم يقف بقوة القانون بمجرد رفع الدعوى ببطلانه [4] . وجاءت المادة ٥١٣/٣ من القانون الجديد تنص على أنه «يترتب على رفع الدعوى ببطلان حكم المحكمين وقف تنفيذه ما لم تقض المحكمة باستمرار هذا التنفيذ» .

---

(١) المرجع السابق رقم ٨٨ .

(٢) المرجع السابق رقم ١٢٥ ص ٣٠٧ .

(٣) انظر فى موضوع التحكيم على درجة الخصوص

Alfred Bernard : L'arbitrage volontaire en droit privé 1937.

Van Lenep : Recueil de jurisprudence française et Belge en matière d'arbitrage.

Jean Robert : Traité de l'arbitrage civil et commercial en droit interne 1937.

Le Balle : L'arbitrage (1945 - 1946).

(٤) رقم ١٢٥ ص ٣٠٦ من المرجع المتقدم .

وفيما يلي دراسة لما تقدم ، أو بعبارة أدق ، استكمال للدراسة سابقة في ضوء النصوص المستحدثة . وليست هذه الدراسة هي الأولى للتحكيم بعد العمل بالقانون الجديد (١) ، فقد تقدم الزميل الدكتور ابراهيم نجيب سعد إلى جامعة باريس برسالة قيمة في « حكم المحكم La sentence arbitrale » تناولت دراسة هذا الموضوع في كل من القانون الفرنسي والمصرى السابق والجديد ، ونال بها الدكتوراه بتقدير «جيد جداً» (٢) .

ولقد سعى الدكتور ابراهيم نجيب سعد هو الآخر من جانبه إلى محاولة تنقية نظام التحكيم من الشوائب التي تعوق المقصود منه . وانتهى في رسالته إلى تأييد القانون الجديد في بعض مما تقدم .

وبعبارة تفصيلية ، تناولت الرسالة — في نطاق موضوعها وفي حدوده — التعريف بالتحكيم دون الاعتداد بالمبادىء التقليدية ومحاولة ربطه بالعقد أو بالحكم القضائي . وإنما بالنظر إلى الهدف الذى يرمى اليه الخصوم من ولوجه وهو السعي إلى العدالة على أسس تختلف عن المفهوم التقليدى للعدالة أمام المحاكم . وبذلك ينتهى التحكيم إلى كونه أداة خاصة لتطبيق قواعد خاصة يتحتم من ورائها الهدف الذى يسعى الخصوم للوصول اليه . ومن هنا تبدو بوضوح الطبيعة الخاصة لنظام التحكيم . ويبدو بوضوح مدى تأثير العنصر التعاقدى (مشارطة التحكيم) على حكم المحكم . فالدعوى بطلب بطلان حكم المحكم تتصل في مجموعها بحالات تعيب عقد التحكيم . وهى بهذا الوصف تثير الشك في الصفة القضائية لحكم المحكم . مما يبرر وقف تنفيذه بمجرد رفعها . وهى أيضاً — وبالوصف المتقدم — تكفى وحدها كوسيلة للتظلم من الحكم . (وهذا ما انتهى اليه قانون المرافعات المصرى الجديد) .

ومما تقدم يتضح أن حكم المحكم لا يعد مجرد أثر من آثار التعاقد ، كما أنه من العسير اعتباره حكماً قضائياً بحتاً ، وانما هو عمل قضائى Acte juridictionnel ذو طبيعة خاصة ، ولا يمكن فهمه الا في ضوء ارتباطه بنظام التحكيم في مجموعة .

(١) مع مراعاة الدراسة السريعة للموضوع في كتاب التعليق على نصوص قانون المرافعات الجديد للمؤلف .

(٢) في ٤ يونيه ١٩٦٩ ، وهذه الرسالة لم تطبع بعد .

وبعبارة أخرى ، حكم المحكم هو عمل قضائى من نوع خاص لأنه لا يصدر عن السلطة القضائية ، ولأنه لا تتبع بصدده الاجراءات القضائية المتبعة أمام المحاكم ، ولأنه لا يصدر فى ذات الشكل المقرر للأحكام القضائية ، ولأنه من ناحية أخرى ، قد لا تطبق بصدده قواعد القانون التقليدية المقننه وإنما يرجع فى صدده إلى العرف والعدالة (١) .

٢ — تعيين شخص المحكم عنصر جوهرى فى عقد التحكيم :

تنص المادة ٣/٥٠٢ على أنه «مع مراعاة ما تقضى به القوانين الخاصة يجب تعيين اشخاص المحكمين فى الاتفاق على التحكيم أو فى اتفاق مستقل». (ولقد أوجب القانون الجديد اتفاق الخصوم على شخص المحكم ، لأن الاتفاق على التحكيم يقوم أساساً ومبعثه الثقة فى حسن تقدير المحكم وفى حسن عدالته .

ويستوى أن يتم الاتفاق على شخص المحكم فى صلب عقد التحكيم — شرط أو مشارطة — أو يتم فى اتفاق مستقل . ويستوى أن يكون هذا الاتفاق المستقل سابقاً للعقد أو تالياً عليه .

والجدير بالذكر أن القانون السابق الذى كان يوجب فى التحكيم بالصلح ذكر جميع أسماء المحكمين المصالحين فى صلب العقد وإلا كان باطلا كان يجيز اتفاق الخصوم على المحكمين المصالحين فى عقد مستقل بشرط أن يكون هذا العقد سابقاً على عقد التحكيم (م ٨٢٤ من القانون السابق) ، وذلك حتى يتحقق القانون تماماً من أن أسماء المحكمين المصالحين كانت واضحة جلية فى أذهان الخصوم **قبل** الاتفاق على التحكيم . وان هذه الأسماء هى التى أوحت اليهم بالثقة فى اجراء التحكيم بالصلح (٢) .

ولقد أحسن القانون الجديد بعدم النص على ترتيب زمنى بين الاتفاق على التحكيم والاتفاق على شخص المحكم ؛ فمن الجائز أن يتما معاً أو أن يتم هذا قبل ذاك أو بعده .

---

(١) المرجع السابق .

(٢) التحكيم بالقضاء وبالصلح رقم ٧٣ ص ١٦٣ و ص ١٦٤.

ويجب أن يثبت بالكتابة اتفاق الخصوم على شخص المحكم وذلك عملا بالمادة ٢/٥٠١ التى تنص على أنه لا يثبت التحكيم إلا بالكتابة ، فالكتابة لازمة بالنسبة إلى كل عنصر من العناصر المكونة للاتفاق (١) . وإنما إذا حضر خصم جلسة تحكيم محكم اختاره الخصم الآخر وحده ، وتكلم الخصم فى الموضوع فى الجلسة فانه يكون بذلك قد قبل اختيار ذلك المحكم (٢) .

وبداهة من الجائز اثبات موافقة الخصم على شخص المحكم بالاقرار أو بتوجيه اليمين الحاسمة ، لأن كل ما يتطلبه القانون أن يكون الاتفاق على التحكيم على شخص المحكم ثابتاً بصورة لا تقبل الشك ، فالكتابة شرط لاثبات العقد لا لوجوده (٣).

وإذا اتفق فى عقد تحكيم على ثلاثة محكمين ، وتم اختيار أحدهم فقط ، وحضر الخصوم أمامه جلسة التحكيم ، فان هذا يعتبر بمثابة تعديل لعقد التحكيم والاكتفاء بمحكم واحد .

وإنما إذا اتفق على ثلاثة محكمين ، وتم اختيار اثنان منهم فقط ، وحضر الخصوم أمامهما جلسات التحكيم فان هذا لا يصحح البطلان المنصوص عنه فى المادة ٢/٥٠٢ التى توجب عند تعدد المحكمين أن يكون عددهم وتراً (٤) . ولابد — حتى ينفذ عقد التحكيم من اختيار المحكم الثالث .

ومن الجائز اتفاق الخصوم على تخويل شخص معين باسمه أو بصفته — اختيار المحكم أو المحكمين .

---

(١) أنظر استئناف اسيوط ١١ فبراير ١٩٣١ المجموعة الرسمية ٣٣ ص ١٨٣

(٢) أنظر برنار رقم ٩٩ وكاريه وشوفو ٤ رقم ٣٢٧٢ وجارسونية ٨ رقم ٢٤١ — وراجع بالنسبة الى التحكيم بالصلح فى ظل القانون السابق نقض ٢٠ ديسمبر ١٩٣٤ المحاماه ١٣ ص ١٠٢٩ .

(٣) الفريد برنار ص ٥٢٠ Van Lennep رقم ٥٠ وما أشار اليه من احكام ومراجع .

(٤) نقض ٢٠ ديسمبر ١٩٣٤ المحاماه ١٣ ص ١٠٢٩

كذلك من الجائز تعيين المحكم بصفته إذا كانت هذه الصفة تصلح لتحديد شخص معين بذاته .

وبناء على ما تقدم لا يوجد تحكيم ولو لم يكن المحكم مفوضاً بالصلح إن لم يتفق الخصوم على شخص المحكم ، ولا قيمة لعقد تحكيم لا يتفق الخصوم فيه أو فى ورقة لاحقة أو سابقة على اسمه ، فالعقد لا ينفذ فى هذا الصدد .

وتوحى الفقرة الثالثة من المادة ٥٠٢ بأن التعاقد على التحكيم قد يتم على مرحلتين ، المرحلة الأولى هى الاتفاق على حسم النزاع بالتحكيم ، والمرحلة الثانية هى الاتفاق على شخص المحكم .

ويثور الخلاف حول الطبيعة القانونية للاتفاق فى مرحلته الأولى ، وفيما إذا كان يعتبر ملزماً للطرفين ، بحيث يتعين عليهما اتمامه بالاتفاق على شخص المحكم أم أن كلا منهما يملك التحلل منه . وفى الفرض الأول يلتزم المخل بالتزامه بالتعويض فضلا عن جواز توقيع غرامة تهديدية عليه حتى يقوم بتنفيذ ما التزم به عيناً .

وقد يقال ان الاتفاق على التحكيم دون الاتفاق على شخص المحكم يعتبر عقداً معلقاً على شرط واقف لأن هذا الشرط . وإن كان شرطاً إرادياً متروك لمطلق ارادة الملتزم إلا أنه يتصل بعقد ملزم للجانبين . إذا اتفق الطرفان على شخص المحكم تحقق الشرط بأثر فورى .

وقد يقال أيضاً فى تكييف عقد التحكيم الذى لا يتفق بصدده على شخص المحكم انه يعتبر قابلا للابطال (أى باطلا بطلاناً نسبياً) ، وان الاتفاق بعدئذ على شخص المحكم يزيل هذا البطلان . وقد قيل فعلا فى فرنسا ان شرط التحكيم يكون باطلا بطلاناً نسبياً لعدم تضمنه موضوع النزاع واسماء المحكمين وفقاً لما تقضى به صراحة المادة ١٠٠٦ من قانون المرافعات الفرنسى ، وان شرط التحكيم ينشىء التزاماً بعمل ومن ثم لا يمكن اجبار المتعاقد على تنفيذ ما التزم به واختيار المحكمين عملا بالمادة ١٠٠٦ المتقدمة ، وان هذا

البطلان النسبي يزول (بغير أثر رجعى) إذا تم تنفيذ الشرط اختياراً ، أو تم قبول الشرط بعد قيام الخلاف (١) .

وحكم — فى ظل القانون السابق الذى يوجب فى التحكيم بالصلح أن يكون عدد المحكمين وتراً ، وان تعين اسماء المحكمين فى المشارطة أو فى عقد سابق عليها عملا بالمادة ٨٢٣ والمادة ٨٢٤ منه — ان البطلان الناشىء عن مخالفة ذلك هو بطلان من النظام العام (٢) .

وفى نظرنا ان محل عقد التحكيم قد أصبح بمقتضى قانون المرافعات الجديد هو الاتفاق على حسم النزاع بواسطة محكم معين بشخصه(٣). ولم يعد هذا المحل مجرد اتفاق الخصوم على طرحه على محكم دون المحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع ، بحيث إذا لم يتم الاتفاق على شخص المحكم فى صلب عقد التحكيم أو فى عقد مستقل لا نكون أمام عقد تحكيم بسبب تخلف محله وانتفائه ، فيكون التحكيم باطلا بطلاناً مطلقاً . وقد يعد معدوماً فى رأى آخر . ومثل ذلك مثل عقد بيع يفتقر إلى محله .

واذن . وأيا كان الرأى فى صدد تكييف عقد التحكيم الذى لا يتفق فيه على شخص المحكم . فان التحكيم لا ينفذ — ولا تترتب آثاره الايجابية أو أثره السلبي بامتناع المحكمة المختصة اصلا بنظر النزاع عن نظره — الا باتفاق الخصوم على شخص المحكم .

---

(١) راجع نقض فرنسى فى ٢٢ يناير ١٩٤٦ دالوز ١٩٤٦ ص ٢٣٩ واحكام النقض الاخرى والمراجع المشار إليها فى كتاب التحكيم ص ١٦ .

(٢) نقض ٢٠ ديسمبر ١٩٣٤ المحاماه ١٥ ص ١٨٠ والاحكام العديدة المشار إليها فى المرجع السابق رقم ٧٣ ص ١٦٢ وما يليها والاحكام المشار إليها فيه .

(٣) إذا اتفق على التحكيم فى الخارج فى حالة يجوز فيها ذلك طبقاً للقانون المصرى ، ورفع النزاع فى مصر جاز التمسك بشرط التحكيم فى الخارج ولو لم يتفق على شخص المحكم مادام قانون الدولة المتفق فيها على إجراء التحكيم فيها لا يوجب الاتفاق على شخص المحكم ، ويجيز تعيينه بواسطة المحكمة .

وإذا توفى المحكم أو فقد أهليته أو اعتزل ، أو حكم برده ، فلا ينفذ عقد التحكيم إلا باتفاق جديد من الخصوم على شخص المحكم الجديد . وكذلك الحال إذا حرم المحكم من حقوقه المدنية بسبب عقوبة جنائية أو أفلس دون أن يرد له اعتباره . ولا تملك المحكمة فى كل الحالات المتقدمة أو فى أية حالة أخرى تعيين المحكم .

وهكذا يختلف القانون الجديد عن القانون السابق اختلافاً جوهرياً فى هذا الصدد ذلك لأن القانون السابق كان يجيز التحكيم بالقضاء بغير اتفاق على شخص المحكم ، ويجيز للمحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع تعيين المحكم (م ٨٢٥ منه) . أما فى التحكيم بالصلح فى القانون السابق ، فقد كان يجب اتفاق الخصوم على شخص المحكم وإلا كان التحكيم باطلا .

ويستثنى القانون الجديد مما تقدم ما قد تقضى به أية قوانين خاصة .

ويلاحظ أن القانون رقم ٣٢ لسنة ١٩٦٦ يحدد كيفية تشكيل هيئات التحكيم التى تنظر المنازعات الناشئة بين شركات القطاع العام والمنازعات بينها وبين جهات الحكومة[1]. كما يلاحظ أن القرارات الصادرة من تلك الهيئات لا تعتبر بمثابة عمل قضائى بمعناه الخاص ، لأن العمل القضائى لا يصدر الا فى خصومة تتوافر فيها الغيرية بين طرفيها . فإذا كان المدعى هو هو المدعى عليه لا تنشأ الخصومة l'instance ، فلا تعتبر بمثابة خصومة تلك التى تنشأ بين شركات القطاع العام أو بين الحكومة وتلك الشركات ، لأنه وإن كان لكل شركة من تلك الشركات شخصيتها المعنوية وشكلها القانونى كشركة ، وإن كانت تملك مقاضاة الغير ويملك الغير مقاضاتها [2] إلا أن اجتماع جميع أسهمها فى يد شخص واحد هو الدولة

---

(١) قضت محكمة النقض فى ١٩٦٧/١٢/٢٨ لسنة ١٨ ص ١٩٠١ بوجوب استثناء المنازعات المطروحة على محكمة النقض من اختصاص هيئات التحكيم ، وعند نقض الحكم يحال النزاع إلى هيئات التحكيم التى أحلها المشرع محل محكمة الموضوع .

(٢) أنظر كتاب المرافعات الطبعة التاسعة للمؤلف رقم ٢٣٥ م والمرجع المشار اليه فيه .

ينفى حتما الغيرية فى المنازعات التى تنشأ فيما بينها (١) (٢) . ومن المتصور أن تفضى تلك المنازعات المتقدمة (والتى يقصد منها فى الواقع القاء الالتزامات والخصوم من ميزانية شركة إلى أخرى) بوساطة لجنة ادارية أو لجنة وزارية . كل هذا ما لم ينص فى صلب القانون على أن يكون للعاملين فى الشركة **نصيب محدد** من الأرباح ، عندئذ تتوافر للشركة مصلحة جدية أكيدة فى منازعاتها مع الشركات الأخرى أو مع المصالح الحكومية (٣) .

وبداهة ما تقدم لا ينفى اعتبار هيئات التحكيم السابقة بمثابة هيئة قضائية متخصصة بحيث يمكن أن تنشأ حالة من حالات تنازع الاختصاص بينها وبين جهات القضاء الأخرى عملا بنصوص قانون السلطة القضائية (٤) . كما أن هذه الهيئات تملك إحالة الدعوى التى تقضى فيها بعدم اختصاصها بنظرها إلى جهة القضاء المختصة ، فى الرأى الذى يطلق المادة ١١٠ من قانون المرافعات لتواجه كل حالات عدم الاختصاص المتعلق بالوظيفة (٥) .

---

(١) واذا كنا من أوائل من نادى بوجوب تنظيم التحكيم بين شركات القطاع العام (كتاب التحكيم سنة ١٩٦٤ ص ٣٠٨) فقد كان ذلك بقصد انهاء الخصومات القائمة امام المحاكم بين تلك الشركات ، أو بينها وبين الحكومة .

(٢) أنظر فى تكييف التحكيم المتقدم رسالة الدكتور ابراهيم نجيب سعد رقم ٨٨ ص ١٢٤ وما يليها والمراجع المشار إليها فيها .

(٣) اما مجرد الرغبة فى التخفيف من ميزانية الشركة وهو الدافع الحقيقى فى الوقت الحاضر للالتجاء الى التحكيم ، فانه لايعتبر بمثابة المصلحة الحقيقية القانونية التى بتوافرها تنشأ الغيريه بين شركات القطاع العام . كل هذا مع مراعاة رغبة الحكومة فى بث روح المنافسة بين تلك الشركات ، اذ أن هذا العامل هو أدنى بحث لا يقوى على إنشاء المصلحة القانونية فى الخصومة .

(٤) أنظر فى التعريف بالهيئة القضائية كتاب التعليق على نصوص قانون المرافعات الجديد للمؤلف عن المادة ٤٢ رقم (٢) .

يلاحظ كما رأينا فى كتاب التحكيم أن الدفع بالاعتداد بشرط التحكيم هو من الدفوع بعدم القبول شأنه شأن الدفع بسبق الاتفاق على الصلح مثلا ، فكلاهما لا يسقط الحق فى التمسك به بمجرد التكلم فى الموضوع ، لأن التمسك بتنفيذ عقد ما لا يمكن أن يسقط بمجرد التكلم فى الموضوع .

(٥) أنظر المرجع المتقدم بصدد المادة ١١٠ .

٣ – منع استئناف أحكام المحكمين :

تنص المادة ٥١٠ من قانون المرافعات الجديد على أن أحكام المحكمين لا تقبل الطعن فيها بالاستئناف . وهذا النص يقوم أساساً على نص المادة ٣/٥٠٢ التي توجب تعيين اشخاص المحكمين في الاتفاق على التحكيم أو في اتفاق مستقل . فمتى تم تعيين المحكمين بواسطة الخصوم أنفسهم لا يكون هناك أي معنى لاجازة استئناف حكمهم أمام محكمة تتبع جهة القضاء .

ويلاحظ أن نص المادة ٥١٠ قد منع فقط استئناف الحكم المتقدم . وهو يقبل التماس إعادة النظر وفقاً لنص المادة ٥١١ . وإذا صدر الحكم في الالتماس من محكمة الاستئناف (كما إذا اتفق على التحكيم في الاستئناف) فانه يكون قابلا للطعن بالنقض إذا توافرت شروط هذا الطعن ، ولا يكون بطبيعة الحال قابلا للطعن فيه بالالتماس مرة أخرى عملا بالمادة ٢٤٧ .

وإذا حلت هيئة التحكيم محل محكمة الدرجة الأولى ، وطعن بالالتماس في الحكم الصادر من تلك الهيئة ، فان الحكم الصادر في الالتماس لا يقبل الاستئناف بعدئذ ولو لم يكن قد صدر في حدود النصاب الانتهائي لمحاكم الدرجة الأولى(١) . وذلك لأن الاستئناف . وهو طريق طعن عادى ، لا يقبل بعد ولوج طريق طعن غير عادى وهو التماس إعادة النظر . هذا على الرغم من أن القانون لا ينص صراحة على منع هذا الاستئناف ، وإنما القاعدة الأساسية المتقدمة تقتضيه .

ويلاحظ من ناحية أخرى . أن منع استئناف أحكام المحكمين قد جاء بلفظه . ولم ينص القانون على مجرد اعتبار الحكم انتهائياً . ومن ثم هذا الحكم لا يكون قابلا للاستئناف استثناء من القواعد العامة وعملا بالمادة ٢٢١ التي تنص على جواز استئناف الأحكام الصادرة بصفة انتهائية من محاكم الدرجة

---

(١) الفريد برنار رقم ٦٤٥ .

الأولى بسبب وقوع بطلان فى الحكم أو بطلان فى الاجراءات أثر فى الحكم . ويكون مثل هذا الحكم الصادر من هيئة التحكيم قابلا للبطلان بدعوى البطلان عملا بالمادة ٥١٢ .

كذلك يكون حكم المحكمين غير قابل للاستئناف استثناء من القواعد العامة عملا بالمادة ٢٢٢ التى تنص على جواز استئناف جميع الأحكام الصادرة فى حدود النصاب الانتهائى إذا كان الحكم صادراً على خلاف حكم سابق لم يحز قوة الأمر المقاضى به . ومثل حكم المحكمين المتقدم يكون قابلا للبطلان بدعوى البطلان عملا بالمادة ٥١٢ وعلى اعتبار انه قد صدر فى مسألة سبق صدور حكم فيها ويمنع المشرع اعادة نظرها منعاً متعلقاً بالنظام العام (أنظر المادة ٥٠١ /٤ من قانون المرافعات والمادة ٥٥١ من القانون المدنى والمادة ١١٦ من قانون المرافعات) .

ولا يجوز الطعن بالنقض فى أحكام المحكمين عملا بالمادة ٢٤٩ التى تنص على ان للخصوم أن يطعنوا أمام محكمة النقض فى أى حكم انتهائى — أيا كانت المحكمة التى أصدرته — فصل فى نزاع خلافاً لحكم آخر سبق أن صدر بين الخصوم أنفسهم وحاز قوة الأمر المقضى . ويكون مثل الحكم المتقدم قابلا للبطلان عملا بالمادة ٥١٢ وعلى ما قدمناه .

وإنما حكم القضاء الصادر على خلاف حكم محكمين يكون قابلا للاستئناف أو النقض عملا بالمادة ٢٢٢ أو المادة ٢٤٩ حسب الأحوال .

٤ — لا يتقيد المحكمون باجراءات المرافعات عدا ما نص عليه فى باب التحكيم :

تنص المادة ٥٠٦ /١ على أن المحكمين يصدرون حكمهم غير مقيدين باجراءات المرافعات عدا ما نص عليه فى باب التحكيم . ويعمل بهذا النص أيا كان نوع التحكيم وسواء أكان تحكيما بالقضاء أم بالصلح . وذلك على

تقدير أن الالتجاء إلى التحكيم قد قصد به فى الأصل تفادى قواعد المرافعات وعلى اعتبار أن تقدير المحكم المعين من جانب الخصوم أنفسهم هو معيار الصحة والحق هذا مع الزام المحكم بكل القواعد المقررة فى باب التحكيم ، وهى تقرر ضمانات أساسية للخصوم فى هذا الصدد ، وهم ما قبلوا الاتفاق على طرح النزاع إلى غير المحكمة المختصة به إلا على أساس احترام هذه القواعد[1].

وثمة مبادىء أساسية فى التقاضى تتصل بالنظام العام يتعين على المحكم احترامها — أيا كان نوع التحكيم — ولو لم تكن واردة فى باب التحكيم وهذه المبادىء هى :

(١) مبدأ احترام حقوق الدفاع [2].

(٢) معاملة الخصوم على قدم المساواة .

(٣) اتخاذ الاجراءات فى مواجهة الخصوم ، فلا يفصل فى طلبات دون اعلان الخصوم بها ، ولا يفصل فيها إلا بعد التحقق من صحة اعلانه أو اخطاره بها . ولا تبدى طلبات جديدة أو تعدل الطلبات فى جلسة تخلف فيها الخصم الموجهة اليه هذه الطلبات . وعلى المحكم أن يمكن كل خصم من الاطلاع على الأوراق والمستندات التى يقدمها الخصم الآخر . ويمنح الخصوم الآجال الكافية لإعداد الدفاع والرد على الأقوال والمستندات . وعلى المحكم أن يخبر الخصوم بتاريخ الجلسة المحددة لاتخاذ اجراءات الاثبات .

(٤) اتخاذ اجراءات التحقيق بحضور جميع المحكمين والا كانت الاجراءات باطلة :

كانت المادة ٨٣٧ من القانون السابق تنص على أن يتولى المحكمون مجتمعين اجراءات التحقيق ويوقع كل منهم على المحاضر ما لم يكونوا قد ندبوا واحداً منهم لاجراء معين وأثبتوا ندبه فى محضر الجلسة .

---

(١) كتاب التحكيم رقم ١٠٠ م ص ٢٣١

(٢) رسالة الدكتور ابراهيم نجيب سعد فى حكم المحكم رقم ٢٢٨ ومايليه .

وهى منقولة عن المادة ١٠١١ من قانون المرافعات الفرنسى التى توجب على المحكمين اتخاذ اجراءات التحقيق فى حضورهم جميعاً ما لم تخول المشارطة القيام باجراءات التحقيق بواسطة أحدهم . ويتجه الرأى فى فرنسا إلى اعتبار المادة المتقدمة من النظام العام (١) . ومع هذا جاء قانون المرافعات الجديد خالياً من حكم هذه المادة . ونعتقد أنها قد سقطت من المشروع عن غير قصد ، بعد أن كان الاتجاه سنة ١٩٦٥ إلى الابقاء عليها فى اللائحة التنفيذية لقانون المرافعات التى عدل عنها بعدئذ .

وعلى أى حال فان القاعدة التى تقررها هذه المادة تتصل بالنظام العام ، ولا يتطلب لاعمالها نص خاص . فلا يجوز لأحد المحكمين الاستقلال وحده باتخاذ اجراءات الاثبات إلا إذا تم ندبه من جانبهم جميعاً أو كانت المشارطة تخول له ذلك (٢) .

(٥) وجوب نظر الخصومة فى حضور جميع المحكمين ، والا كانت الاجراءات باطلة بطلاناً متعلقاً بالنظام العام . وهذه هى القاعدة المقررة أمام القضاء . فالقضاة الذين يصدرون الحكم هم الذين يجب أن يكونوا قد سمعوا المرافعة وإلا كانت الاجراءات باطلة .

٥ — انكماش التفرقة بين التحكيم بالقضاء والتحكيم بالصلح فى القانون الجديد :

رأينا انه — فى كل من التحكيم بالقضاء والتكيم بالصلح — يتعين أن يكون عدد المحكمين وتراً وان يعين اشخاص المحكمين فى الاتفاق على التحكيم أو فى اتفاق مستقل . ورأينا أيضاً أن الحكم فى الحالتين لا يقبل الاستئناف ، وان المحكم فيهما لا يتقيد بقواعد المرافعات عدا ما نص عليه منها فى باب التحكيم .

---

(١) الفريد برنار ص ٢٢٥ .

(٢) كذلك لا يملك أحد المحكمين الحكم وحده فى شق من النزاع أو فى مسألة متنوعة عنه مالم يكن مأذوناً بالحكم فى غيبة الآخرين (م ٥١٢ / ٣) .

ولا يتبقى من أوجه التفرقة بين التحكيم بالقضاء والتحكيم بالصلح فى ظل القانون الجديد إلا ما يلى :

(١) فى التحكيم بالقضاء يحكم المحكم على مقتضى القانون ، بينما المحكم يصالح فى التحكيم بالصلح [١].

(٢) المحكم المصالح لا يتقيد بقواعد القانون (م ٥٠٦/١) بينما المحكم فى التحكيم بالقضاء يجب عليه أن يحكم على مقتضى القانون . فى الحالتين يتعين على المحكم تسبيب حكمه عملا بالمادة ٥٠٧ .

(٣) التحكيم بالصلح لا يقبل التجزئة ، فاذا زالت سلطة المحكم المصالح بعد إصدار حكم فى شق من الموضوع ودون حسم النزاع برمته فان الحكم يعتبر كأن لم يكن . أياً كان سبب انقضاء سلطة المحكم ، وسواء انقضت بوفاته أو بزوال أهليته أو بعزله أو بالحكم برده أو بفوات الميعاد المحدد للتحكيم ، بينما فى التحكيم بالقضاء تبقى الأحكام الصادرة من المحكم صحيحة ولو انقضت سلطة المحكم قبل حسم النزاع برمته ما لم تكن الخصومة غير قابلة للتجزئة بحسب طبيعتها أو بحكم القانون .

وجدير بالذكر أن حكم المحكم المصالح يقبل الطعن فيه بالتماس اعادة النظر عملا بالمادة ٥١١ . عدا الحالة الخامسة المقررة فى المادة ٢٤١ (٢) ، وحتى فى حالة الاتفاق الصريح على عدم جواز الطعن فى حكمه . فان هذا الطعن جائز لأن الغش يفسد أى تصرف . ولأن تناقض منطوق حكم المحكم بعضه لبعض بما يجعل تنفيذه مستحيلا يهدر كل ما بناه المحكم ، ولأن صدور الحكم على من لم يكن ممثلا تمثيلا صحيحاً فى الدعوى يستوجب حتما رعايته(٣).

---

(١) أنظر دراسة تفصيلية فى كتاب التحكيم رقم ٧٤ .

(٢) أنظر دراسة تفصيلية فى كتاب التحكيم رقم ١٢٣ .

(٣) المرجع السابق رقم ١٢٠ وأحكام محكمة النقض الفرنسية المشار اليها ، ورسالة الدكتور ابراهيم نجيب سعد فى حكم المحكمة رقم ١٩٦ والأحكام العديدة المشار اليها فيها .

كذلك يجوز رفع الدعوى بطلب بطلان حكم المحكم ولو كان مصالحاً عملا بالمادة ٥١٢ . وكقاعدة عامة يتعين أعمال كل القواعد المقررة فى باب التحكيم على التحكيم بالصلح ما لم ينص المشرع صراحة على ما يخالف ذلك كما هو الحال بالنسبة إلى المادة ٥٠٦/١ .

وإذن وبناء على ما تقدم مجرد اعفاء المحكم من التقيد بقواعد القانون – فى ظل القانون الجديد – يعنى حتما اعتبار المحكم مفوضاً بالصلح .

٦ – لا ينقضى التحكيم لموت المحتكم الذى ترك من بين ورثته قاصر :

كانت المادة ٨٣٠ من قانون المرافعات السابق تنص على أن التحكيم لا ينقضى بموت أحد الخصوم إذا كان ورثته جميعاً راشدين وإنما يمد الميعاد المضروب لحكم المحكمين ثلاثين يوماً .

ومقتضى المادة المتقدمة ان التحكيم ينقضى بقوة القانون إذا توفى المحتكم وترك من بين ورثته قاصراً . وذلك لأن القانون شاء حماية الورثة القصر فلا يتقيدون بعقد التحكيم الذى أبرمه مورثهم ويحرمون من الالتجاء إلى القضاء العادى وما يتميز به من ضمانات هامة . وكانت القاعدة المتقدمة تسرى على سبيل القياس إذا ترك المورث من يكن فى حكم القاصر ، أو إذا زالت عن ذات المحتكم أهليته .

وواضح أن المادة المتقدمة تخالف القواعد العامة فى القانون المدنى ، فالأصل أن العقد ينشأ ويثبت ويثبت ما نص عليه من التزامات وحقوق متى أبرم ، ولا تتأثر هذه أو تلك بوفاة المتعاقد أو فقده أهليته . أما فى التحكيم فمن الواجب أن يظل المتعاقد على كامل أهليته حتى تمام تنفيذ التحكيم وانتهاء مهمة المحكم (١) .

وفى تقديرنا أن المادة المتقدمة قد بنيت على فكرة اعتبار التحكيم بمثابة

---

(١) أنظر دراسة تفصيلية للموضوع فى كتاب التحكيم رقم ١٩ .

عقد وبمثابة خصومة ، وتطلب أهلية معينة فى كل منهما ، بحيث إذا زالت هذه الأهلية قبل صدور حكم المحكم انقضى التحكيم بقوة القانون .

وقد انتقدنا تلك المادة من قبل (١) ، وجاء القانون الجديد بنص عام نسخها فيه وقرر انقطاع الخصومة أمام المحكم إذا قام بها سبب من أسباب الانقطاع المقررة فى القانون (م ٥٠٤) ، وذلك على تقدير أنه متى تم تعيين المحكم بواسطة الخصوم أنفسهم فان هذه الثقة تظل مبعث الخصومة فى التحكيم ولو توفى أحدهم وترك قاصراً من بين ورثته ، مع مراعاة تعيين من يمثل القاصر فى تلك الخصومة بطبيعة الحال .

وإذن وبناء على نص المادة ٥٠٤ من القانون الجديد إذا توفى أحد المحتكمين وترك من بين ورثته قاصراً ، أو ترك من فى حكم القاصر ، أو إذا زالت عن ذات المحتكم أهليته فان التحكيم لا ينقضى كعقد ولا ينقضى كخصومة .

وإذا توفى الخصم أو فقد أهليته قبل تعيين المحكم فان التحكيم لا ينفذ كما قدمنا — ولا تترتب آثاره الايجابية أو أثره السلبى بامتناع المحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع عن نظره ، فاذا كان الولى أو الوصى أو القيم يملك التصرف فيما اتفق فيه على التحكيم فانه يملك كقاعدة عامة الاتفاق على شخص المحكم دون حاجة إلى اذن من المحكمة (٢) ، كما يملك بداهة الامتناع عن تنفيذ عقد التحكيم بعدم الموافقة على تعيين المحكم .

وإذا كان الولى أو الوصى أو القيم — حسب الأحوال — لا يملك التصرف فيما كان قد اتفق فيه على التحكيم ، فانه لا يملك وحده الاتفاق على شخص المحكم ، ويكون عليه طرح الأمر على المحكمة التى لها أن تقر التحكيم

---

(١) المرجع السابق رقم ١٢٥ - وانظر الفقرة رقم ١ من هذا البحث .

(٢) راجع أحكام المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ الخاص بأحكام الولاية على المال (م ٣٩ و ٤٢ و ٥٦ منه) .

أو لا تقره ، وتوافق على شخص المحكم المقترح من الولى – أو من فى حكمه – أو لا توافق عليه .

وبعبارة أخرى ، الاتفاق على التحكيم من جانب المورث لا يستوجب على محكمة الأحوال الشخصية اجازة هذا التحكيم إذا لم يكن قد تم تعيين شخص المحكم من المورث ، لأن التحكيم الذى لا يتفق فيه على شخص المحكم لا ينفذ لانتفاء محله ولأن تعيين شخص المحكم من جانب المورث هو الضمانة الأساسية التى بنى عليها المشرع فكرة الابقاء على التحكيم ولو ترك المورث قاصراً .

وبداهة إذا تم الاتفاق على شخص المحكم قبل وفاة المورث فان محكمة الأحوال الشخصية لا تملك الاعتراض عليه – هى أو الوصى أو القيم حسب الأحوال – وإن كان يملك أحد هؤلاء رد المحكم ، كما يملك الاتفاق مع خصوم الدعوى على عزله ، وعندئذ لا يملك أحد هؤلاء الاتفاق على تعيين محكم آخر إلا إذا كان يملك كقاعدة عامة التصرف فيما يتفق فيه على التحكيم ، وإلا وجب عليه الحصول على إذن من محكمة الأحوال الشخصية توافق فيه على شخص المحكم .

ولما كان محل عقد التحكيم قد أصبح بمقتضى القانون الجديد هو الاتفاق على حسم النزاع بواسطة محكم معين بشخصه ، فان الأهلية المطلوبة فى المحتكم لازمة بذاتها (١) لابرام عقد التحكيم (٢) وللاتفاق على شخص المحكم ، وإلا كان عقد التحكيم باطلا أو قابلا للابطال ، حسب الأحوال . فاذا كان العقد باطلا (أى باطلا بطلاناً مطلقاً بسبب فقد الأهلية) جاز لأى خصم التمسك بهذا البطلان ، وعلى المحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها . ولذا كان العقد قابلا للبطلان (أى باطلا بطلاناً نسبياً بسبب نقص الأهلية) . فلا يجوز التمسك به إلا ممن شرع البطلان لمصلحته عملا بالقواعد العامة .

٧ — انقطاع الخصومة أمام المحكم :

استحدث القانون الجديد — كما قدمنا — المادة ٥٠٤ التي تنص على أن الخصومة تنقطع أمام المحكم إذا قام سبب من أسباب انقطاع الخصومة المقررة في القانون . وتترتب على الانقطاع الآثار المقررة في هذا القانون .

وانقطاع الخصومة هو وقف السير فيها بقوة القانون لقيام سبب من أسباب الانقطاع التي وردت في القانون على سبيل الحصر وهي ثلاثة (م ١٣٠) :

١ — وفاة أحد الخصوم .

٢ — فقده أهلية الخصومة .

٣ — زوال صفة من كان يباشر الخصومة عنه من النائبين .

بمجرد قيام سبب الانقطاع يتعين على المحكم أن يمتنع عن نظر الخصومة في التحكيم ولكل خصم التمسك بهذا الانقطاع لتفادي السير في خصومه مهددة بالبطلان . ويقف الميعاد المقرر في المادة ٥٠٥ والذي يجب على المحكم أن يحكم في خلاله (وإلا جاز لمن شاء من الخصوم رفع النزاع إلى المحكمة) ولايستأنف الميعاد المتقدم سيره [1] الا إذا أعلن وارث المتوفى — أو من يقوم مقام من فقد أهلية الخصومة أو مقام من زالت عنه الصفة — بقيام الخصومة وباشر السير فيها . والذي يقوم باعلان هؤلاء هو الخصم الآخر ، وليس ثمة ما يمنع من قيام المحكم بذلك .

ولما كان القانون الجديد يعفي المحكم من التقيد بقواعد المرافعات فليس ثمة ما يمنع من أن يتم إخطار ورثة المتوفى أو من في حكمهم بغير الطريق المقرر في المادة ١٣٣ بالنسبة إلى الانقطاع أمام المحاكم . فمن الجائز أن يتم

---

(١) بمعنى أنه يعتد بالمدة السابقة على الانقطاع طبقاً للقواعد العامة — أنظر كتاب التعليق على نصوص قانون المرافعات الجديد عن المادة ١٣٠ وما يليها .

بخطاب مسجل بعلم الوصول ، ومن الجائز أن يتم بوساطة المحكم بالصورة التى يراها بشرط أن يتحقق بصورة قاطعة من علم هؤلاء بقيام الخصومة أمامه . وهو لا يملك استئناف نظرها الا بعد التحقق من علم طرفى الخصومة بها وبتاريخ نظرها .

وبداهة إذا كان من بين الورثة قاصر فان المحكم لا يملك استئناف نظر الخصومة إلا بعد تعيين وصى القاصر وبعد اخباره بقيام تلك الخصومة ، مع مراعاة ما قدمناه فى الفقرة المتقدمة .

وإذا كان الخصوم قد أبدوا أقوالهم وطلباتهم الختامية أمام المحكم قبل الوفاة أو فقد الأهلية أو زوال الصفة ، فإنه يملك الحكم فى الدعوى على موجب تلك الأقوال والطلبات . وانما إذا عن له استجواب أحد الخصوم أو سؤال أحد الشهود أو إجراء أى تحقيق وجب عليه إخطار جميع الخصوم أو من يقوم مقامهم بالجلسة الجديدة التى يحددها لنظر الدعوى بعد قيام سبب الانقطاع . وعندئذ عليه أن يتحقق من تلقاء نفسه من صفاتهم أو صحة تمثيلهم للخصوم حسب الأحوال .

وإذا أصدر المحكم حكمه على الرغم من قيام سبب انقطاع الخصومة ودون إخبار من يقوم مقام الخصم الذى توفى أو فقد أهليته للخصومة أو زالت صفته بقيام الخصومة فان حكمه يكون باطلا بطلاناً مقرراً لمصلحة هؤلاء وحدهم ، دون الطرف الآخر من الخصومة ، وذلك لأن هذا البطلان مقرر لمصلحة من قام به سبب الانقطاع من الخصوم حتى لا يصدر الحكم فى الدعوى فى غفلة منه . ويستوى أن يكون المحكم عالماً بقيام سبب الانقطاع أو غير عالم به ، كذلك يستوى علم الخصم الآخر به أو جهله له . لأن المشرع قد قصد بقواعد انقطاع الخصومة مجرد حماية الخصم الذى قام به سبب الانقطاع ، دون الاعتداد بحسن نية الطرف الآخر أو جهله بقيام سبب الانقطاع (١) .

---

(١) المرجع السابق والأحكام المشار اليها فيه .

وجدير بالذكر فى هذا الصدد أن وفاة ذات المحكم أو فقده لأهليته لا يترتب عليه انقطاع الخصومة ، وإنما يترتب عليه انقضاء التحكيم كما رأينا من قبل (١) ، مالم يتفق الخصوم على تعيين محكم آخر .

كذلك لا تنقطع الخصومة بوفاة وكيل الدعوى ، ولا بإنقضاء وكالته بالتنحى أو بالعزل ، وللمحكم أن يمنح أجلا مناسباً للخصم الذى توفى وكيله أو انقضت وكالته عملا بالمادة ١٣٠ من قانون المرافعات .

وإذا وقفت الخصومة لقيام سبب الانقطاع بأحد طرفيها ، وظلت موقوفه المدة المسقطة لها عملا بالمادة ١٣٤ أو المدة المؤدية إلى انقضائها بالتقادم عملا بالمادة ١٤٠ ، بحسب ما إذا كان المدعى أو من فى حكمه قد أعلن بقيام الخصومة أو لم يعلن به (٢) ، فان طلب اسقاط الخصومة أو انقضائها بالتقادم تفصل فيه المحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع ، وليس للمحكم سلطة نظره والفصل فيه(٣) . لأنه لا يملك الحكم ببقاء سلطته أو امتدادها أو زوالها .

وإذا تعدد أحد أطراف الخصومة المتفق فيها على التحكيم ، وقام بأحدهم سبب من أسباب الانقطاع فليس ثمة ما يمنع المحكم من مباشرة مهمته بالنسبة لباقى الخصوم ، بشرط أن تكون الخصومة قابلة للتجزئة .

٨ — وجوب التفرقة بين بطلان العقد المتضمن شرط التحكيم وبطلان عقد التحكيم وبطلان الخصومة فى التحكيم وبطلان الحكم الصادر فيها :

لعله تتكشف مما تقدم تفرقه هامة بين بطلان عقد التحكيم لفقد أهلية أحد الخصوم أو لنقصها وبين بطلان الخصومة فى التحكيم بسبب نقص أهلية أحد طرفيها وبطلان الحكم الصادر على ناقص الأهلية ، أو بطلان

---

(١) رقم (٢) من هذا البحث .

(٢) التعليق على نصوص قانون المرافعات الجديد عن المادة ١٣٥ والأحكام المشار اليها .

(٣) كتاب التحكيم رقم ٩٨ .

الحكم الصادر على خصم فى غفلة منه إذا قام به سبب من أسباب انقطاع الخصومة على ما قدمناه .

والبطلان الأول هو بطلان موضوعى يلحق عقد التحكيم ، بينما البطلان فى الأحوال الأخرى هو بطلان إجرائى يلحق الاجراءات .

ومن الواجب اعمال قواعد القانون المدنى بالنسبة إلى بطلان عقد التحكيم ، واعمال قانون المرافعات بالنسبة إلى البطلان فى الأحوال الأخرى ، دون الخلط بينهما ، أو بين أحكامهما . فإذا كان عقد التحكيم باطلا بطلاناً مطلقاً جاز لكل خصم فى الدعوى التمسك بهذا البطلان ، وعلى المحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها ، أما إذا كان العقد قابلا للبطلان فان الذى يتمسك به هو وحده من شرع البطلان لمصلحته (م ١٣٨ من القانون المدنى) . وبداهة وعملا بالقواعد العامة الحكم ببطلان عقد التحكيم يستتبع بطلان الخصومة فى التحكيم . ويستتبع أيضاً الغاء الأحكام الصادرة فيها واعتبارها كأن لم تكن (م ٢٤/٣) .

وإذا نشأت الخصومة فى التحكيم وأدرك أحد الخصوم نقص أهلية خصمه ، كان له أن يتمسك ببطلان الخصومة لأن هذا البطلان المتعلق بالاجراءات يتصل بالنظام العام حتى لا يجبر على موالاة اجراءات مصيرها إلى الزوال والبطلان فضلا عن ضياع الوقت والجهد والمصاريف ، وفى النهاية يكون لناقص الأهلية التمسك بالبطلان إذا صدر الحكم فى الدعوى عليه وعدم التمسك به إذا صدر الحكم لمصلحته ، وفى الحالتين يضار الخصم الآخر .

وإذا كان بطلان عقد التحكيم يستتبع حتما بطلان الخصومة فى التحكيم ، فان بطلان الخصومة فى التحكيم بسبب فقد أهلية أحد الخصوم أو نقصها ليس معناه فى كل الأحوال بطلان عقد التحكيم ؛ فقد ينعقد التحكيم صحيحاً ثم يموت أحد الخصوم ويباشر الخصومة فى التحكيم أحد ورثته القصر ، فهنا الحكم ببطلان تلك الخصومة ليس معناه بطلان عقد التحكيم ، ومن الجائز تجديدها بشرط أن يتولى الوصى موالاة الاجراءات نيابة عن القاصر .

ومما تقدم يتضح أن بطلان الخصومة فى التحكيم لنقص أهلية أحد الخصوم هو بطلان يتعلق بالنظام العام ، بينما بطلان ذات عقد التحكيم بسبب نقص أهلية أحد طرفيه هو بطلان نسبي لا يتعلق بالنظام العام ولا يتمسك به إلا من شرع لمصلحته .

ومن ناحية أخرى ، إذا كانت الخصومة فى التحكيم باطلة بسبب نقص أهلية أحد طرفيها ، أو بعبارة أعم إذا قام سبب من أسباب انقطاع الخصومة بأحد طرفيها ومع ذلك صدر الحكم فيها فى غفلة منه ، فان الحكم فى الحالتين يكون باطلا بطلاناً غير متعلق بالنظام العام لايتمسك به إلا من شرع البطلان لمصلحته ، كل هذا مع مراعاة أن ذات عقد التحكيم قد يكون صحيحاً على ما قدمناه .

وهكذا يتضح أن بطلان الخصومة بسبب نقص أهلية أحد طرفيها هو بطلان اجرائى من النظام العام يتعين على المحكمة أو المحكم الاعتداد به من تلقاء نفسه ، وذلك لتفادى اجراءات مهددة بالبطلان . ويكون من المصلحة العامة الاعتداد بالأمر من تلقاء نفس المحكمة أو المحكم ، بينما متى صدر الحكم تكون الحالة التى أوجب المشرع تفاديها قد وقعت بالفعل وزالت . فلا يملك التمسك ببطلانه إلا من شرع البطلان لمصلحته .

ومما تقدم يتضح أن بطلان عقد التحكيم أو قابليته للبطلان هو جزاء رتبه القانون المدنى عند الاخلال بركن من أركان العقد . ويرجع اليه فى صدد تعيين الخصم الذى له الحق فى التمسك بهذا البطلان . كما يرجع اليه فى صدد تعيين الوقت الذى يجوز فيه التمسك به . وما يعتبر من تصرفات الخصم إجازة تزيل هذا البطلان ومالا يعتبر ، بينما بطلان الخصومة فى التحكيم بسبب نقص أهلية أحد الخصوم أو فقدها أو بسبب استئناف السير فيها رغم قيام سبب من أسباب انقطاعها بأحد الخصوم ، هو بطلان اجرائى يتعلق بالنظام العام(١). ويرجع إلى قانون المرافعات فى صدد أحكام

---

(١) ولما تقدم وصفت محكمة النقض (فى ١٩٦٧/٥/١٨ السنة ١٨ ص ١٠٢١) بأن بطلان التحكيم المترتب على عدم اتفاق الخصوم على المحكم المصالح فى ظل القانون السابق هو بطلان مطلق متعلق بالنظام العام، لا يزيله حضور المحتكمين أمام المحكم .

هذا البطلان ، وما يعتبر تصحيحاً أو نفياً له وما لا يعتبر (١) . أما بطلان الأحكام الصادرة فى الخصومة الباطلة فهو بطلان إجرائى لا يتعلق بالنظام العام ولا يتمسك به إلا من شرع البطلان لمصلحته ، ويرجع فى أحكامه إلى قواعد قانون المرافعات وحده .

وإذا كان عقد التحكيم باطلا بطلاناً مطلقاً ، كما إذا اتفق على التحكيم فى مسألة لا يجوز فيها الصلح لتعلقها بالنظام العام ، فان كل خصم فى الدعوى يملك التمسك بهذا البطلان ، والحكم به يستتبع حتما إلغاء التحكيم والحكم الصادر فيه . ومن ناحية أخيرة ، إذا حكم ببطلان العقد المتضمن شرط التحكيم ، فان هذا البطلان يستتبع بطلان شرط التحكيم فى غالب الحالات ، اللهم إلا إذا كان للشرط كيان مستقل ، فعندئذ يظل قائماً صحيحاً ، تطبيقاً لنظرية الانتقاص (راجع المادة ١٤٣ و ١٤٤ من القانون المدنى).

كما إذا حكم ببطلان عقد شركة . وكان متفقاً فيه على التحكيم بصدد أى نزاع ينشأ متعلقاً به سواء حال قيام الشركة أو عند تصفيتها لأى سبب من الأسباب . فعندئذ يكون المحكم هو المختص بتصفية الشركة على الرغم من الحكم ببطلان عقد الشركة ، بشرط الا يمتد البطلان إلى كل شروط العقد (٢) .

٩ — وقف تنفيذ حكم المحكم بقوة القانون لمجرد رفع الدعوى بطلب بطلانه :

استحدث القانون الجديد نص الفقرة الثالثة من المادة ٥١٣ التى ترتب على مجرد رفع الدعوى بطلب بطلان حكم المحكمين وقف تنفيذه ما لم تقض

---

(١) تصحيح الأجراء الباطل هو تكملة للاجراء ، ولا يعتد به إلا من تاريخ تصحيحه (م ٢٣) ، بينما نفى البطلان هو تمسك بصحة الاجراء من تاريخ حصوله على تقدير تحقق الغاية من الشكل ، وتحققها يوفر ضمانات ذات الشكل ، وبالتالى لا تعتبر المخالفة الموجبة للبطلان قد ارتكبت — أنظر كتاب التعليق عن المادة ٢٠ وما يليها .

(٢) أنظر رقم ١٣ من كتاب التحكيم والأحكام المشار اليها فيه وأنظر رسالة الدكتور ابراهيم نجيب سعد فى حكم المحكم رقم ٦٠ والأحكام المشار اليها فيه .

المحكمة باستمرار هذا التنفيذ . وكان هذا هو الرأى الراجح فى ظل القانون السابق ، وإن كان الخلاف لم ينقطع فى النظر العلمى بصدد أثر رفع الدعوى بطلب بطلان حكم المحكم على تنفيذه فى كل من فرنسا ومصر .

وقلنا من قبل (١) انه يترتب على رفع الدعوى بطلب بطلان حكم المحكم وقف تنفيذه ، وذلك لأن المقصود من هذه الدعوى هو انكار كل سلطة للمحكم فيما فصل فيه ، ومن ثم ينعدم الحكم إن صحت الاعتبارات التى بنيت عليها الدعوى ، فيكون من المستحسن ألا يعد صالحاً للتنفيذ إذا رفعت الدعوى بانكار أو بطلان بطلانه — خاصة وان أسباب البطلان فى التحكيم تتصل بعدم مراعاة القواعد الأساسية فى التقاضى ، فاذا كان الحكم باطلا أو مبنياً على اجراءات باطلة فمعنى هذا ان المحكم قد أغفل ما لا يجوز اغفاله من أسس الاجراءات ، وانه قد أهدر حقوق الخصوم بما قد يجعلهم فى حالة تتساوى مع حالة انكار سلطته كمحكم ، وذلك لأن المحكم لا يراعى جميع اجراءات المرافعات ، ولا يحاسب بما يحاسب به القضاء فى هذا الصدد ، ولا تترتب فى التحكيم الجزاءات والبطلان المقرر أمام المحاكم والا ما أمكن تصور فائدة ما من التحكيم ، وانما هو ملزم باحترام الأصول العامة وحماية حقوق الدفاع .

ويلاحظ أن بعض أسباب التمسك ببطلان حكم المحكم هى موضوعية ، والبعض الآخر إجرائية .

وتقول المذكرة التفسيرية فى صدد ما تقدم «ونظراً لأن حكم المحكمين ليس قضائياً . ولأن المشرع قد منع الطعن فى حكم المحكمين بالاستئناف ، فقد رأى المشروع فى المادة ٥١٣ منه أن يرتب على مجرد رفع دعوى بطلان

---

(١) كتاب التحكيم رقم ١٢٣ ص ٢٩٩ وما يليها وقارن رمزى سيف التنفيذ طبعة سنة ١٩٦٠ رقم ١٠٢ وقارن أيضاً فتحى والى التنفيذ طبعة ١٩٦٤ رقم ٦٢ — وأنظر المراجع العديدة والأحكام المشار اليها فى كتاب التحكيم .

حكم المحكمين وقف تنفيذه . وذلك مالم تر المحكمة المرفوع اليها دعوى البطلان باستمراره بناء على طلب المحكوم له» .

وإذ تملك المحكمة أن تقضى باستمرار التنفيذ بصفة مؤقتة ريثما تفصل فى دعوى البطلان ، فانها تملك أيضاً اشتراط تقديم كفالة فى هذا الصدد أو أن تأمر بما تراه كفيلا بصيانة حقوق الخصوم ، فمن يملك الكثير يملك القليل . كل هذا بغير حاجة إلى نص قانونى خاص .

وإذا تضمن حكم المحكم عدة مسائل ، ورفعت الدعوى ببطلان شق من الحكم فان هذا الشق وحده هو الذى يقف تنفيذه بقوة القانون الجديد ، سواء أكان الحكم قد صدر برمته ضد رافع دعوى البطلان أو صدر ضده فقط فى هذا الشق الذى رفع بصدده دعوى البطلان .

وإذا كانت الخصومة لا تقبل التجزئة بنص فى القانون أو بحسب طبيعتها أو كان المحكم مصالحاً فان الدعوى بطلب بطلان حكم المحكم فى شق من الموضوع توقف تنفيذ الحكم برمته . وتستتبع طرح النزاع برمته أمام المحكمة .

ويلاحظ أن الحكم برفض الدعوى بطلب بطلان حكم المحكم يعتبر بمثابة حكم بالاستمرار فى تنفيذ هذا الحكم . وانما هو يقبل التنفيذ الجبرى أو لا يقبله ، أو يقبل النفاذ المعجل أو لا يقبله حسب القواعد العامة ، بمعنى انه إذا صدر الحكم برفض الدعوى بطلب بطلان حكم المحكم وكان قابلا للاستئناف . ولم يكن مشمولا بالنفاذ المعجل فانه لا يجوز تنفيذ حكم المحكم **ما لم تكن** قد قضت المحكمة من قبل بناء على طلب المحكوم له بالاستمرار فى التنفيذ .

والحكم فى الدعوى ببطلان حكم المحكم لا يخول للمحكمة الفصل فى موضوع النزاع الأصلى إلا إذا تمسك أحد الخصوم بذلك ، وكان هذا الحكم قد اهدر وأبطل عقد التحكيم . وعندئذ تكون المحكمة قد قضت فى طلبين مستقلين . ويراعى هذا الاستقلال من ناحية تنفيذ الحكم الصادر فى كل منهما أو من ناحية وقف هذا التنفيذ .

١٠ — خاتمة :

يتضح من الدراسة المتقدمة مدى تأثير اتفاق الخصوم أو العنصر التعاقدى على اجراءات التحكيم وعلى الحكم الصادر فيه ، فهذه الدراسة على الرغم من تناولها مسائل متفرقة إلا أنه يجمعها طابع واحد هو الذى انتهينا اليه من دراستنا السابقة للتحكيم (١) ، وهو الذى سعى القانون الجديد إلى تحقيقه، فاذا كان المشرع يجيز اتفاق الخصوم على طرح النزاع على محكم بدلا من طرحه على المحكمة المختصة فى الأصل بنظرة فان هذا يجب أن يكون مبعثه الثقة فى حسن تقدير هذا المحكم وفى حسن عدالته ، ومن ثم نص القانون الجديد على وجوب تعيين اشخاص المحكمين فى الاتفاق على التحكيم أو فى اتفاق مستقل وإلا فلا يتصور ثمة تحكيم . ومن ناحية أخرى ، ومتى كانت الثقة فى حسن تقدير المحكم وفى حسن عدالته هى مبعث الاتفاق على التحكيم يكون من المغالاة فى التمسك بالشكليات ، بل يكون من المغالاة فى تحقيق ضمانات الخصوم ان يكون الحكم قابلا للاستئناف . ولهذا نص القانون الجديد على أن حكم المحكم لا يجوز الطعن فيه بالاستئناف . وقرر أيضاً أن التحكيم يفرض على الورثة ولو كانوا من القصر متى كان مورثهم قد اختار المحكم قبل وفاته .

ومتى كان التحكيم قد قصد به اختصار الوقت وتفادى طول الاجراءات ، ومتى كانت الثقة فى المحكم هى مبعث الاتفاق على التحكيم . فقد نص القانون الجديد على اعفاء المحكم من التقيد باجراءات المرافعات ولو لم يكن مصالحاً ، ليكون رأيه هو معيار الصحة والحق . وإذن هو لا يرعى جميع اجراءات المرافعات . ولا يحاسب بما يحاسب به القضاء فى هذا الصدد . ولا تترتب فى التحكيم الجزاءات والبطلان المقرر أمام المحاكم والا ما أمكن تصور فائدة ما من التحكيم . وانما هو ملزم باحترام الأصول العامة وحماية حقوق الدفاع . كما يلزم باحترام كل القواعد المقررة فى باب التحكيم ، إذ هى

(١) فى كتاب التحكيم بالقضاء وبالصلح سنة ١٩٦٤ .

تقرر ضمانات أساسية للخصوم فى هذا الصدد ، وهم ما قبلوا الاتفاق على طرح النزاع إلى غير المحكمة المختصة به إلا على أساس احترام هذه القواعد .

ومن ناحية أخيرة وإذا كانت الدعوى بطلب بطلان حكم المحكم تتصل فى مجموعها بحالات تعيب التحكيم لبطلانه هو أو اجراءته ، وإذا كانت هى بهذا الوصف تثير الشك فى الصفة القضائية لحكم المحكم ، يكون من الأنسب النص على وجوب وقف تنفيذ الحكم بقوة القانون بمجرد رفعها وهذا ما انتهى إليه القانون الجديد . ثم هى ، وبالوصف المتقدم ، تكفى وحدها كوسيلة للتظلم من الحكم بقصد الغائه .

التنازع الزمنى لقوانين المرافعات

للدكتور احمد أبو الوفا

أستاذ ورئيس قسم المرافعات بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية

١ – مقدمة (١) :

تنص المادة الأولى من قانون المرافعات الجديد (وهى مطابقة للمادة الأولى من قانون المرافعات السابق) على أن قوانين المرافعات تسرى على على ما لم يكن فصل فيه من الدعاوى أو ما لم يكن قد تم من الاجراءات قبل تاريخ العمل بها . وتقرر المادة استثناءات ثلاثة ترد على هذه القاعدة العامة تتعلق (١) بالقوانين المعدلة للاختصاص (٢) بالقوانين المعدلة للمواعيد(٣) بالقوانين المنظمة لطرق الطعن .

---

(١) بخلاف المراجع العامة فى هذا الموضوع فى فقه المرافعات أو القانون المدنى أنظر على وجه الخصوص : الطبعة الأولى – الجزء الأول سنة ١٩٢٩ والجزء الثانى سنة ١٩٣٣

Roubier : Les conflits de lois dans le temps

وبحث Louis Bach بمجلة القانون المدنى سنة ١٩٦٩ العدد الثالث ص٤٠٥ وما يليها فى موضوع

Conribution a l'étude du problème de l'application des lois dans le temps.

ومقال الدكتور حسن كيرة « مشكلة التنازع بين القوانين فى الزمان » مجلة الحقوق ، السنة السابعة ، العدد الثالث والرابع ، سنة ١٩٥٨ ص ٨٥ – ١٨٤ ، وكتابه : أصول القانون . الطبعة الثانية سنة ١٩٦٠ . وأنظر كتاب الدكتور أحمد شمس الدين الوكيل فى مبادىء القانون سنة ١٩٦٨ . ومن أهم المراجع العامة فى المرافعات :

Glasson et Tissier : Troisième euition - 1925
Garsonnet et Cézar — Bru, Troisième édition — 1912.
Morel — Deuxième éditions, 1949.
Japiot-Troisième édition, 1935.
Solus et Perrot : Droit judiciaire privé, 1961.

وللدكتور أبو الوفا : المرافعات ، الطبعة التاسعة ، نظرية الدفوع فى قانون المرافعات الطبعة الرابعة سنة ١٩٦٧ ، نظرية الأحكام فى قانون المرافعات الطبعة الثانية التحكيم بالقضاء وبالصلح ، التعليق على نصوص قانون المرافعات الجديد، اجراءات التنفيذ الطبعة الخامسة .

وقد اختلف الرأى فى تفسير هذه المادة ، فذهب رأى إلى أن هذه الاستثناءات قد جاءت فيها على سبيل الحصر ، وذهب رأى آخر إلى أنه قد قصد بها تحديد الحالات الأساسية فى هذا الصدد ، أو على الأقل ، الحالات المسلم بها فقهاً وقضاء فى فرنسا والتى جالت بخاطر واضعى القانون عند اعداده . ومن ثم — ووفقاً لهذا الرأى الأخير ، لا يصح إعمال القانون الجديد بأثر رجعى إذا كان من شأن هذا المساس بالمراكز الاجرائية الثابتة للخصوم .

واختلف الرأى أيضاً بصدد تحديد «قوانين المرافعات» التى تشير اليها تلك المادة الأولى من قانون المرافعات ، فهل هى تلك التى تتصل بالاجراءات بشرط ألا تمس بطريق مباشر أو غير مباشر «مراكزهم الموضوعية » — المتعلقة بأصل حقوقهم ، أم أنها هى تلك التى تتعلق بالإجراءات بصرف النظر عن مساسها بتلك المراكز الموضوعية بطريق مباشر أو غير مباشر أو عدم مساسها بها .

وقد قيل فى صدد الرأى الأول أنه يجب أن يكون واضحاً أن عبارة قوانين المرافعات قصد بها القوانين التى تتعلق بالاجراءات والتى تكون بعيدة عن أن تمس حقاً مكتسباً . إذ تنصرف مهمتها إلى مجرد رسم السبيل الواجب اتخاذه والأوضاع التى تلزم مراعاتها عند الالتجاء إلى القضاء وترشد القضاء إلى كيفية الفصل فى الخصومات . فان مست حقاً مكتسباً فلا تعد من القوانين الاجرائية ذات الأثر الرجعى (١) .

وإذا كانت المادة الأولى المتقدمة لا تقصد حصر الاستثناءات فى تلك الحالات الثلاثة التى وردت بها . فما هو الضابط فى تحديد النقطة التى يقف عندها سريان القانون القديم ، وما هو الضابط فى تحديد الأثر الفورى للقانون الجديد ؟ وهل يلزم الرجوع فى هذا الصدد إلى تلك النظريات العديدة فى فقه القانون المدنى والتى تقصد فى واقع الأمر احترام الحقوق المكتسبة

---

(١) جارسونيه ، رقم ٤٤ وما أشار اليه من مراجع وأحكام ، وأبوهيف ، رقم ٦١٥ والقانون الدولى الخاص للدكتور حامد زكى الطبعة الأولى ص ٤٠٥ الحاشية رقم (١) .

للخصوم – أم أن لقوانين المرافعات طبيعة خاصة تتطلب إعمال نظريات تتسق معها ؟

ولا يغفل ما قيل ، فى هذا الصدد ، من أن قوانين المرافعات الجديدة تطبق فور صدورها على كل الدعاوى القائمة أمام المحاكم ، ولو كان قد تم رفعها قبل العمل بها ، ومن ثم هى ذات أثر رجعى .

وفى القول المتقدم خلط بين الأثر الرجعى للقانون la rétroacterité de la loi وأثره المباشر son effet immediat ، فالواقع أن قوانين المرافعات إذا كانت تطبق من يوم صدورها على الدعاوى القائمة ، فذلك لأن لها أثراً مباشراً شأنها شأن جميع القوانين الأخرى . وانما إذا كانت تطبق من يوم صدورها على الأوضاع التى تكونت قبلها . فان ذلك مشروط بعدم مساسها بالحقوق المكتسبة (١) .

وقيل أن قوانين المرافعات قلما تمس بالحقوق المكتسبة للمتقاضين لأنها تتعلق بالاجراءات ولا تمس أصل حقوقهم . فالمتقاضى لا يكون له حق مكتسب فى أن تنظر دعواه أمام محكمة معينة دون غيرها . أو أن يكون تشكيلها على نحو معين دون نحو آخر . أو أن يتخذ الاجراءات بشكل معين دون شكل آخر . كل هذا فضلا عن أن الكثير منها يتعلق بالنظام العام إذ الغرض المقصود منه تحقيق العدالة وحسن سير القضاء على أكمل وجه . والمشرع لا يقوم بتعديل قواعد المرافعات الا إذا أدرك قصوراً فى القديم ليتلافاه فى الجديد . والقاعدة انه لا يجوز الادعاء بالحق المكتسب إذا ما أصبح الحق مخالفاً للنظام العام .

ثم يجب ألا تغفل تفرقة هامة بين المراكز القانونية للخصوم الناتجة عن إعمال القوانين الموضوعية (كالقانون المدنى والتجارى) ، وبين المراكز

---

(١) موريل رقم ١٩ وكيشى وفنا رقم ٥ وروبييه ٢رقم ١٤٠ وسوليس وبيرو طبعة سنة ١٩٦١ رقم ٢٠٣ ص ٢٧ .

الاجرائية للخصوم الناتجة عن إعمال القوانين الاجرائية أو الجزائية ، فالأولى قدلاتتكون الاخلال فترة طويلة ،كالتقادم مثلا ، وقدتترتب خلال فترة طويلة أيضاً كعقود التوريد والايجار (١) ، وقد لا تنقضى الا بمقتضى شروط صريحة من المتعاقدين ، بينما المراكز الاجرائية للمتقاضين تولد بمجرد اتخاذ الاجراءات ، وهذه الاجراءات يحكمها قانون المرافعات من ناحية آثارها وأسباب زوالها . ومن ثم تلك القنطرة التى تربط بين القانون الموضوعى القديم والقانون الموضوعى الجديد قلما يتمكن المشرع من تنظيمها بصورة مستكملة بأحكام وقتية نظراً لطبيعة المراكز القانونية — على النحو الذى قدمناه — ونظراً لتدخل ارادة الخصوم بصددها ، بينما قد يتمكن المشرع فى الأحكام الوقتية من تنظيم تلك القنطرة التى تربط بين قانون المرافعات القديم وقانون المرافعات الجديد للأسباب المتقدمة (٢) .

وقد يكون من المفيد — فى صدد التفرقة المتقدمة — مقارنة نظرة واضع قوانين المرافعات للأثر المترتب على تعاقبها ونظرة واضع القانون المدنى لذات الأثر ، كيف أن الأول يعنيه فى الأصل عدم المساس بالمركز الاجرائى للخصم بينما الثانى يعنيه عدم المساس بجوهر أصل الحق الموضوعى . فقد جاء فى المذكرة التفسيرية لقانون المرافعات الصادر سنة ١٩٤٩ عن المادة الأولى منه — « ... والقاعدة فى سريان قوانين المرافعات على الدعاوى القائمة هى من الأحوال المسلمة إذ أن القوانين المنظمة لأصول التداعى والترافع والحكم وطرق الطعن والتنفيذ والتحفظ هى فى عمومها قوانين منظمة لمراكز قانونية خاضعة بطبيعتها للتعديل والتغيير من جانب المشرع ، دون أن يرمى عمله برجعية الأثر ، ولكن النص قد أخرج من هذه القاعدة العامة بعض مستثنيات رعاية لحقوق ثبتت أو مصالح رأتها اللجنة جديرة بالاستثناء ..» — بينما جاء فى المادة ١٣ من المشروع التمهيدى للقانون المدنى — والتى حذفت (هى وزميلاتها المتصلة بالتنازع الزمنى لقوانين الموافعات)

(١) الدكتور حسن كيرة أصول القانون الطبعة الثانية سنة ١٩٦٠ رقم ١٨٨ ص ٤١٠

(٢) جلاسون وتسييه الطبعة الثالثة الجزء الأول سنة ١٩٢٥ رقم ٥ ص ١٠

على تقدير أنها أدخل فى قانون المرافعات منها فى القانون المدنى وعلى تقدير أنها ليست الا مجرد تطبيق للقواعد العامة — جاء فيها «تسرى النصوص المتعلقة باجراءات التقاضى دعاوى أو دفوعاً من وقت العمل بهذه النصوص على ما يباشر من الأجراءات متعلقا بحقوق تم كسبها قبل ذلك مادامت هذه النصوص لا تمس جوهر الحقوق أو مداها» .

وهكذا تتفاوت النظرة إلى الأثر المترتب على تعاقب قوانين المرافعات ، وإلى ما يجب الحرص عليه — عند تطبيق القانون الجديد — من حقوق موضوعية مكتسبة أو من مراكز اجرائية ثابتة قد تؤثر على تلك الحقوق — بطريق مباشر أو غير مباشر — وقد لا تؤثر عليها .

نتكلم أولا فى التعريف بقوانين المرافعات .

ثم ندرس التنازع الزمنى لتلك القوانين من خلال تبيان أثر القانون الجديد على الوقائع التى لم تكتمل قبل العمل به ، وأثره على الوقائع التى اكتملت قبل صدوره ، وبعبارة أخرى ، من خلال تبيان مدى سريان القانون القديم أى الملغى — على الوقائع التى لم تكتمل فى ظله ، ومدى سريانه على الوقائع التى اكتملت فى ظله .

الفصل الأول

ماهية قوانين المرافعات

٢ – استعراض مذاهب الفقه – استحالة وضع معيار دقيق حاسم يفرق بين القواعد الموضوعية والقواعد الاجرائية :

يقول جلاسون ان المرافعات هى مجموعة القواعد التى تنظم الخصومة اجراءات اثباتها واصدار الحكم فيها وتنفيذه تنفيذاً جبرياً هو وسائر السندات التنفيذية ، أو هى مجموعة القواعد التى تنظم الحماية القضائية للخصوم عند الاعتداء على حقوقهم أو عند انكارها (١) .

ويقول سوليس وبيرو أن القانون القضائى الخاص droit judiciaire privé (يقصد قانون المرافعات على تقدير أن الاصطلاح المتقدم أصدق فى التعبير عن حقيقة ما تشتمل عليه دراسة هذا القانون . وعلى تقدير أنه يعنى ببيان جزاء الإخلال بالحقوق التى يقررها القانون المدنى أو أى فرع من فروع القانون الخاص) – انه مجموعة القواعد التى ترتب وتنظم السلطة القضائية بقصد ضمان حماية حقوق الخصوم فى مواد القانون الخاص (٢)

---

(١) جلاسون وتسييه رقم ١ ص ١

"La procédure est l'ensemble des règles établies pour l'exercice des actions en justice, l'instruction et le jugement des procés, l'execution forcée des jugements et autres titres exécutoires ..., elle est l'ensemble des règles à l'aide desquelles la protection autres titres exécutoires .... elle est l'ensemble des régles à l'aide desquelles la protection judiciaire est obtenue par le particuliers dont les droits sont méconnus ou contestes

وأنظر المعنى المتقدم فى موريل الطبعة الثانية سنة ١٩٤٩ رقم ٤ و ٥ .

(٢) سوليس وبيرو سنة ١٩٦١ ص ١٣ رقم ٥ :

"L'ensemble des règles qui gouvernent l'organisation et le fonctionnement de la justice en vue d'assurer aux particuliers la mise en oeuvre et la sanction de leurs droits subjectifs en matière de droit prive".

ويقول جابيو ان قوانين المرافعات هى تلك التى تنظم السلطات القضائية من ناحية تشكيلها واختصاصها ، وتنظم عملها القضائى والولائى ، وتنظم حقوق الخصوم والتزاماتهم وعلاقاتهم بصدد هذين النوعين من القضاء ، كما تنظم التنفيذ الجبرى للأحكام ولجميع السندات التنفيذية (١) .

ويقول أبو هيف ان قانون المرافعات يطلق على مجموع الأصول والأوضاع والاجراءات التى يجب على المتقاضين مراعاتها للحصول على حقوقهم ، كما يجب على المحاكم اتباعها لإقامة العدل بين الناس (٢) .

ونعرف نحن قانون المرافعات بأنه هو القانون الذى ينظم الاجراءات القضائية وغير القضائية (أى التى لا تتصل بخصومة قائمة أمام القضاء) فى نطاق القانون الخاص . وهو يشتمل على القواعد التى ترتب وتنظم السلطة القضائية (٣) . وتوزع الاختصاص بين جهات القضاء المختلفة . وتوزعه على طبقات المحاكم وعلى محاكم الطبقة الواحدة ، كما يشتمل على القواعد المتعلقة بكيفية رفع الدعوى والبيانات الواجب توافرها فى صحيفتها وكيفية اعلانها وآثاره وبطلانه . والوقت الذى تعتبر فيه مرفوعة ، وكيفية نظرها واجراءات الحضور وجزاء التخلف عن الحضور ، واجراءات اثبات الدعوى وجزاء عدم احترامها (٤) ، وجزاء عدم موالاة الاجراءات ، وأثر مضى المدة فيها وميعاد ابداء الدفوع المختلفة ، والأحوال التى يسقط

---

(١) جابيو الطبعة الثالثة سنة ١٩٣٥ ص١ رقم ١

"Les lois de procédure sont, en général, celles qui règlent l'organisation des juridictions leur, compétence, leur intervention dans les litiges ou les affaires non litigieuses, l'activité| les droits, obligations et rapports des parties; dans ces deux catégories d'affaires, ainsi que l'exécution forcée des actes ou pggeements"

(٢) أبوهيف المرافعات رقم ١ ص ٢٦ .

(٣) ولو أفرد المشرع قانونا خاصا للسلطة القضائية كما هو الحال فى الجمهورية العربية المتحدة .

(٤) ولو وردت فى قانون مستقل للاثبات .

فيها الحق فى التمسك بها ، وكيفية إصدار الحكم وبياناتهم وكيفية الطعن فيه واجراءاته وآثاره . كما يشتمل على القواعد التى تبين شروط تنفيذ الأحكام وسائر الأوراق القابلة للتنفيذ والتى تبين اجراءاته وآثاره . كل هذا سواء بصدد عمل السلطة القضائية القضائى أو عملها الولائى .

وإذا كانت قواعد المرافعات ترد كقاعدة عامةفى صلب قانون المرافعات وقانون السلطة القضائية ، فليس ثمة ما يمنع من ورودها فى قوانين أخرى ، كالقانون المدنى أو التجارى أو البحرى أو قانون الإثبات .

كما قد ترد قواعد المرافعات فى قوانين اجرائية أخرى غير قانون المرافعات ، كالقوانين التى تحدد اختصاص لجان الطعن بمصلحة الضرائب والأجراءات المتبعة أمامها أو القوانين التى تحدد اختصاص اللجان القضائية (أو الأدارية) بمنازعات الأصلاح الزراعى أو الجمارك »' والاجراءات المتبعة أمامها .. الخ . وبعبارة أخرى ، لاتتحدد قواعد المرافعات بكونها قد وردت فى قانون المرافعات، فقد ترد فى القوانين الموضوعية قواعد تتصل بالأجراءات ، وتكون عادة من مستثنيات القواعد العامة .

كذلك لايمكن أن يقال أن القانون يعتبر أجرائيا اذا كان لايمس الموضوع وذلك لأن من القوانين الأجرائية ما قد يمس الموضوع – كما سنرى – كالقوانين التى تنظم طرق الطعن فى الأحكام مثلا ، وإنما وكما قدمنا قوانين المرافعات هى تلك التى ترسم سبيل الألتجاء الى القضاء وسبيل أتخاذ الأجراءات على وجه عام (١) .

واذا كان يتيسر على فقه المرافعات تحديد قوانين المرافعات على النحو المتقدم ، فان فقه القانون الدولى الخاص يتعذرعليه **اعمال المعيار العام المتقدم** فى بعض الصور لأن بعض القواعد القانونية قد تتصل بالموضوع والأجراءات فى ذات الوقت بحيث يتعذر فصل هذا عن ذاك ، ولأن بعض القواعد

---

(١) جلاسون ١ رقم ١ ص ٣ .

القانونية قد يراها بعض الشراح متصلة بصميم الموضوع وحده ، بينما يراها البعض الاخر متعلقة بالأجراءات وفقا لما سوف نراه .

وبعبارة أخرى ، من الدراسات الشاقة فى فقه القانون الدولى الخاص محاولة وضع معيار حاسم يفصل بين مايعتبر من الموضوع وما يعتبر من الإجراءات ، وتبدو أهمية هذا المعيار بصفة خاصة فى القانون الدولى الخاص لأن القاعدة فيه أن القانون الذى ينظم قواعد المرافعات يكون هو قانون القاضى المعروض عليه النزاع Lex fori .

وفيما يلى أمثلة لحالات يدق فيها إعمال المعيار العام المتقدم .

٣ — النصوص التى تحرم الالتجاء الى القضاء بالنسبة الى أحوال معينة تعد ماسة بأصل الحق ومتعلقة بالأجراءات فى ذات الوقت :

قد تصدر بعض قوانين تحرم الشخص من الألتجاء الى القضاء بالنسبة الى أحوال معينة ، فتعد ماسة بأصل الحق لأنها تمس الوسيلة التى يحمى بها صاحب الحق حقه ، وهى من ناحية أخرى ، تخاطب جميع المحاكم وتحرمها من الاختصاص بنظرها فتنشىء دفعا بعدم الأختصاص المتعلق بالوظيفة . ونذكر على سبيل المثال المادة ٢٩١ من القانون رقم ٣٤٥ لسنة ١٩٥٦ فى شأن تنظيم الجامعات ، التى تنص على أنه لايجوز الطعن بالالغاء أو وقف التنفيذ أمام أية هيئة قضائية فى القرارات والأوامر الصادرة من الهيئات الجامعية فى شئون طلابها — فهذه المادة لاتتصل بتوزيع الأختصاص المتعلق بالوظيفة على جهات القضاء وانما هى تمنع هذه الجهات من نظر دعاوى معينة ، فهى أذن تمس أصل الحقوق — لأنها تمس الوسيلة التى يحمى بها الشخص منفعة معينة ، وهى فى ذات الوقت تخاطب جهات القضاء وتمنعها من نظر هذه الدعاوى (١) .

---

(١) قارن حكم المحكمة الادارية العليا فى أول ديسمبر ١٩٥٦ — مجموعة أحكام المحكمة الادارية العليا ، السنة الثانية — العدد الأول — ص ١٢٢ . وراجع : حكم محكمة القضاء الادارى فى ٢٦ مارس ١٩٥٧ السنة ١١ ص ٣١٥ .

٤ ــ حالات قد يدق فيها تحديد طبيعة القواعد :

تعتبر القوانين المتعلقة بالشروط العامة لقبول الدعوى أو المتعلقة بالشروط الخاصة لقبول بعض الدعاوى من القوانين المتصلة بأصل الحقوق اذ تمس وتقيد الوسيلة التى بمقتضاها يحمى صاحب الحق حقه . ومثالها القوانين التى تستوجب رفع الدعوى فى خلال أجل معين والا كانت غير مقبولة ، والتى تستوجب اتخاذ اجراء معين قبل رفعها ، والتى تمنع من سماع دعوى الزوجية الا اذا كان عقد الزواج موثقا أو كان سن الزوجين وقت الزواج مجاوزا المقرر فى التشريع (١).

وبناء على ما تقدم ، شرط المصلحة بأوصافها التى اعتاد الفقه والقضاء ترديدها ، لا يتصل باجراءات التقاضى . وانما يعتبر متصلا بأصل الحق ، على تقدير أن المصلحة القانونية هى هى وجود الحق فى رفع الدعوى ، وأن المصلحة الشخصية المباشرة (الصفة) هى نسبة الحق إلى رافع الدعوى ، وأن المصلحة القائمة الحالة هى كون الحق مستحق الأداء . واذن الكلام فى المصلحة على النحو المتقدم هو كلام فى أصل الحق (٢) .

أما القوانين التى تحدد الشروط العامة لقبول الدفوع . أو القوانين التى تحدد ميعاد ابدائها . فهى القوانين المتصلة بالاجراءات أى من قوانين المرافعات .

وتعد القوانين المتصلة بعدم قبول الدفع أو الطعن أو المحددة للمواعيد التى تتخلل الاجراءات . منظمة لاجراءات التقاضى فتخضع بطبيعة الحال لقانون القاضى . كالقوانين التى تحدد ميعاد الطعن فى الحكم أو تلك التى تحدد وقت ابداء الدفع الشكلى أو وقت ابداء الدفع بعدم القبول .

---

(١) أنظر نقض ١٧ نوفمبر ١٩٦٠ القضية ١٧ سنة ٢٩ قضائية – أحوال شخصية .

(٢) راجع جابيو رقم ٦٠ ومحمد حامد فهمى رقم ٣٤٠ وكتابنا المرافعات الطبعة التاسعة رقم ١١٣ وقارن بالنسبة الى المصلحة القائمة الحالة كتاب الدكتور هشام على صادق فى تنازع الاختصاص القضائى الدولى رقم ٤٥ ص ١٧٧ وقارن المرجع الذى أشار اليه .

وتعد القاعدة التى تمنع القاصر من موالاة اجراءات الخصومة أو من رفعها من القواعد الموضوعية التى يرجع فيها إلى قانون جنسية القاصر (!) بمعنى أنه إذا كان الأجنبى لا يملك التقاضى الا فى سن ٢٥ سنة . فهو لا يملك رفع الدعوى فى مصر على الرغم من أن سن الرشد فيها هو ٢١ سنة فقط. والعكس صحيح بمعنى أنه إذا كان القانون الذى يتبعه الأجنبى من حيث أهليته يجيز له التقاضى فى سن ١٨ سنة فانه يملك التقاضى فى مصر . وتنص المادة ٢/١٤ من القانون السورى على أنه يعتبر أهلا للتقاضى فى سوريا الأجنبى الذى توفرت له شروط الأهلية طبقا للقانون السورى ولو لم يكن أهلا بحسب قانون بلده . ولعله قد قصد بهذا النص مراعاة مصلحة المواطن الذى يتعامل مع الأجنبى الذى بلغ ١٨ سنة على انه قد اكتملت أهليته بما يسمح له بمقاضاته .. الخ (راجع الفقرة الأولى من المادة ١١ من القانون المدنى المصرى) .

ومتى رجع القاضى الوطنى إلى قانون الأجنبى لإدراك ما اتصل بأهليته وجب عليه عندئذ إعمال القانون الاجرائى الوطنى فيقضى عند فقد الأهلية أو نقصها ببطلان الخصومة (فى رأى) أو ببطلان صحيفة افتتاحها على اعتبار مباشرتها من ناقص الأهلية (فى رأى آخر) أو يقضى بعدم قبول الدعوى (فى رأى ثالث) على اعتبار رفعها من غير ذى صفة لأن القاصر لا صفة له فى الذود عن حقه .

ويرجع إلى القانون الذى يحكم الوكالة بالنسبة لآثارها ومدى سلطة الوكيل فى موالاة الاجراءات والدعوى نيابة عن الأصيل .

وتعد القاعدة القانونية التى تمنع الوكيل من موالاة ورفع دعوى معينة نيابة عن الأصيل — تعد من القواعد الموضوعية المتصلة بذات الدعوى ، فيحكمها القانون الواجب التطبيق من حيث الموضوع ؛ فاذا أوجب مثلا قانون اجنبى رفع دعوى التفرقة الجثمانية من جانب ذات الزوج ؛ ولم يجز رفعها بواسطة وكيله . واقيمت هذه الدعوى فى مصر وجب على القاضى

---

(١) أنظر فى هذا الموضوع Henri Batiffol فى كتابه Traité élémentaire de droit internationale privé. سنة ١٩٥٥ الطبعة الثانية رقم ٧٢٣ وما يليه والمراجع والاحكام المشار إليها فيه .

المصرى مراعاة هذه القاعدة الموضوعية إذا كان القانون الأجنبي هو الواجب التطبيق من حيث الموضوع . وإذا لم تعتد المحكمة بوكالة رافع الدعوى عن الأصيل وجب عليها الحكم بعدم قبولها .

٥ – قوانين المرافعات – بالمعنى المتقدم – لا تمس أصل الحقوق بطريق مباشر ، وانما قد تمسها بطريق غير مباشر :

ما دامت قوانين المرافعات تنصرف مهمتها إلى مجرد رسم السبيل الواجب اتخاذه والأوضاع التى تلزم مراعاتها عند الالتجاء إلى القضاء وترشد القضاء إلى كيفية الفصل فى الخصومات فانه لا يتصور أن تمس أصل الحقوق بطريق مباشر (١) ، ما لم ينص القانون صراحة على غير ذلك فيقرر أن إجراء ما يرتب آثارا معينة تتصل بأصل الحقوق ، كما هو الحال بالنسبة إلى الآثار التى يرتبها القانون المدنى للمطالبة القضائية ، وكما هو الحال بالنسبة إلى الجزاءات التى يرتبها قانون الاثبات متعلقة بالاجراءات وانما قد تؤدى إلى المساس بجوهر الحقوق الموضوعية (أنظر على سبيل المثال المادة ٢/١٤ من قانون الإثبات الجديد ، والمادة ٢٠ وما يليها من القانون المتقدم) .

وفيما عدا ما تقدم لا تمس قوانين المرافعات أصل الحقوق بطريق مباشر وانما قد تمسها بطريق غير مباشر ، فتؤدى إلى الابقاء عليها أو تؤدى إلى زوالها . ومثال الحالة الأولى ما تقرره قواعد المرافعات من أن أصل الحق يظل بمنجى من السقوط أوالانقضاء بمضى المدة ما دامت المطالبة القضائية به قد رفعت صحيحة ، ولو وقف السير فيها المدة المسقطة لأصل الحق بالتقادم لأن رفع الدعوى إلى القضاء يقطع مدة تقادم الحق المدعى به ، ويبقى هذا الأثر ما بقيت الخصومة قائمة . فيكون بمأمن من كل سقوط أساسه مضى المدة (٢) .

---

(١) جارسونيه وسيزار برو ٢ رقم ٤٤ وما أشار اليه من مراجع وأحكام .

(٢) أنظر دراسة تفصيليه لهذه القاعدة فى الطبعة الرابعة من كتاب نظرية الدفوع فى قانون المرافعات للدكتور أحمد أبو الوفا رقم ٢٧٩ وما يليه

ومثال الحالة الثانية ما يرتبه قانون المرافعات على سقوط الخصومة أو انقضائها بالتقادم أو اعتبارها كأن لم تكن ، أو ما يرتبه قانون المرافعات ، على وجه العموم ، على انقضاء الخصومة بغير حكم فى موضوعها إذ عندئذ تزول وتزول الآثار القانونية المترتبة عليها ، ولا تعتبر المطالبة بالحق فى الخصومة المنقضية قاطعة لمدة سقوطه بالتقادم .

كذلك يرتب قانون المرافعات جزاءات عن مخالفة أوامره ونواهيه كما يرتبها بصدد طرق الطعن فى الأحكام ، وهذه وتلك قد تمس بطريق غير مباشر أصل الحق ؛ فقد ينقضى بسبب الحكم ببطلان الاجراء الذى كان يتعين أن يتم فى ميعاد معين ، أو بسبب بطلان الطعن أو عدم قبوله لرفعه بعد الميعاد .

ومع كل ما تقدم يذهب رأى راجح فى فقه المرافعات فى فرنسا ينكر على الاجراءات صفتها هذه إذا مست أصل الحق . فمثلا يتجه الرأى فى فرنسا إلى أن مسألة قبول الطعن أو عدم قبوله هى مسألة موضوعية يجب أن يطبق بصددها القانون النافذ يوم صدور الحكم ، بمعنى انه إذا استحدث القانون الجديد طريق طعن أو الغى طريق طعن كان قائماً فى التشريع ، أو إذا عدل القانون ميعاد الطعن فى الحكم بالزيادة أو بالنقص ، فانه لا يسرى على ما صدر من أحكام قبل العمل به ، لأن كل الحالات المتقدمة تتعلق بقابلية الحكم للطعن وهذه مسألة موضوعية ، يحكمها القانون الذى يصدر الحكم فى ظله ، وتكون فى حمايةمن إعمال القانون الجديد عليها بأثر رجعى(١).

ونقول فى التعليق على ما ذهب اليه الفقه والقضاء فى فرنسا ، انه لا يمكن تنزيه الاجراءات عن مساسها بجوهر الحقوق ، وإذا جردناها

---

(١) جلاسون وتسييه وموريل رقم ٦ ص ١١ وسوليس وبيرو رقم ٣٤ ص٣٦ والأحكام العديدة المشار اليها فيه ، واستئناف باريس ٦ مارس ١٩٦٠ جازيت باليه ١٩٦٠ - ١ - ٣٥٩ ونقض ١٩ يوليو ١٩٣٨ سيريه ١٩٣٩ - ١ - ١ (حكمان) وتعليق سوليس عليهما ، وروبييه ٢ رقم ١٤٤ ص ٧٢٨ .

من صفتها – باعتبارها كذلك – لمجرد مساسها بجوهر الحقوق بطريق غير مباشر نكون قد خلطنا بين ما يعتبر من الموضوع وما يعتبر من الاجراءات ونكون قد انكرنا – بصورة عامة – عنصر الالزام وعنصر الجزاء بصددها ولا يمكن لقانون اجرائى أن يسير ويعمل وينتج على الوجه المطلوب بدونهما ولا يمكن لقانون اجرائى أن يبرأ من تضحيته بالحق الموضوعى فى بعض الأحوال .

٦ – أهمية التفرقة بين قوانين المرافعات والقوانين الموضوعية :

تظهر أهمية هذه التفرقة من ناحية تحديد القانون الواجب التطبيق فى نطاق القانون الدولى الخاص ، فالقاعدة الثابتة أن القانون الذى ينظم قواعد المرافعات هو قانون القاضى المعروض عليه النزاع Lex fori ، كما تظهر التفرقة من ناحية التنازع الزمنى للقوانين ، فالرأى الراجح فى تفسير المادة الأولى من قانون المرافعات أن قوانين المرافعات الجديدة تسرى كقاعدة عامة على ما لم يكن قد فصل فيه من الدعاوى أو تم من الاجراءات قبل تاريخ العمل بها وأنه تستثنى فقط من هذه القاعدة الحالات الثلاثة المقررة فى تلك المادة .

كما تظهر أهمية التفرقة المتقدمة من ناحية تحديد ما يسرى من اللائحة الشرعية على غير المسلمين من المصريين وما لا يسرى منها . فالقاعدة أن قواعدها الاجرائية تسرى على جميع المصريين أيا كانت ديانتهم وأيا كانت الشريعة الواجب إعمالها .

كذلك تظهر أهمية التفرقة المتقدمة بين قوانين المرافعات والقوانين الموضوعية فى صدد التحكيم . فقد يعفى المحكم من اتباع الأولى دون الثانية (١) وتنص المادة ٥٠٦/٢ من قانون المرافعات الجديد على أن المحكمين يصدرون حكمهم غير مقيدين باجراءات المرافعات عدا ما نص عليه فى باب التحكيم ويكون حكمهم على مقتضى قواعد القانون ما لم يكونوا مفوضين بالصلح .

---

(١) أنظر كتابنا « التحكيم بالقضاء وبالصلح » .

الفصل الثانى

قواعد المرافعات بين القانون القديم والقانون الجديد

٧ – الأثر الفورى لقوانين المرافعات الجديدة :

قدمنا ان قوانين التنظيم القضائى أو الاختصاص أو المرافعات لا شأن لها بجوهر الحقوق الموضوعية ، وهى لا تؤثر على العلاقات القانونية بين المتقاضين . ومن ثم القوانين الجديدة منها تطبق فوراً على الدعاوى القائمة أمام المحاكم ولو كانت مرفوعة قبل العمل بالقوانين الجديدة ، أو كانت متعلقة بحقوق موضوعية مكتسبة للخصوم قبل العمل بتلك القوانين الجديدة[1].

فهذه القوانين تطبق فور نفاذها إعمالا لمبدأ سيادة القانون [2] ، ولا يكتسب الخصوم حقاً فى وجوب إعمال القوانين الاجرائية التى كانت نافذة وقت نشوء علاقاتهم القانونية أو نشوء حقوقهم الموضوعية) .

وبعبارة مختصرة تسرى قوانين المرافعات فور صدورها [3] على الدعاوى القائمة إعمالا لمبدأ سيادة القانون . ولأن هذه القوانين لا تمس جوهر حقوق الخصوم الموضوعية . ولأن هؤلاء لا يعنيهم أن تنظر دعواهم محكمة معينة

---

(١) جلاسون وتسييه رقم ٥ ص ١٠ والمراجع المشار اليها فيه . وأنظر : Roubier الجزء الثانى رقم ١٤٠ وما يليه .

(٢) جلاسون المرجع السابق .

(٣) تاريخ العمل بالقانون كقاعدة عامة هو تاريخ نشره بالجريدة الرسمية لا تاريخ اصداره فالاصدار عمل قانونى متمم للقانون ذاته بينما النشر عمل مادى يتلو الاصدار ويتم بظهور القانون فى الجريدة الرسمية للدولة ، والغرض منه ابلاغ الجمهور بالقانون ليكون على علم به قبل تطبيقه – فهوشرط لازم لإمكان تنفيذ القانون (راجع المدونة ١ رقم ٣١ و ٣٢ وحكم محكمة القضاء الادارى ٣١ يناير ١٩٥٠ القضية رقم ٢٣١ سنة ٢ ق) .

دون أخرى ، أو محكمة مشكلة تشكيلا معيناً دون تشكيل آخر ، كما لا يعنيهم أن يتخذوا شكلا معيناً دون شكل آخر ..

ويقرر القاعدة الأساسية المتقدمة صدر المادة الأولى من قانون المرافعات السابق وقانون المرافعات الجديد (والمادتان فيهما متطابقتان) ، فهذه المادة الأولى تقول «تسرى قوانين المرافعات على ما لم يكن فصل فيه من الدعاوى أو ما لم يكن قد تم من الاجراءات قبل تاريخ العمل بها ... » .

وفيما يلي بعض أمثلة لما تقدم بمناسبة صدور قانون المرافعات الجديد :

١ — إذا أعلنت ورقة من أوراق المحضرين بعد نفاذ القانون الجديد ، وجب أن يعتد فى ذلك بما رسمه هذا القانون الجديد من اجراءات مستحدثة وبما نص عليه من جزاءات عند المخالفة وذلك وفقاً للمادة ٩ منه وما يليها ، ولو كانت الورقة قد قدمت للاعلان قبل نفاذه .

٢ — تحكم المحكمة بالغرامة المقررة فى المادة ١٤ من القانون الجديد — على طالب الاعلان إذا تعمد — بعد العمل به — ذكر موطن غير صحيح للمعلن اليه بقصد عدم وصول الاعلان اليه . وبداهة لا يوقع هذا الجزاء إذا تمت المخالفة فى ظل القانون السابق (١) .

٣ — استحدث القانون الجديد ما قرره فى الفقرة الثانية من المادة ٢٠ منه ، وهى تنص على أنه لا يحكم بالبطلان رغم النص عليه إذا ثبت تحقق الغاية من الاجراء . فاذا تم اجراء فى ظل القانون السابق ، وحصل التمسك ببطلانه فى ظل القانون الجديد ، فان المحكمة تحكم بصحته أو ببطلانه بالتطبيق لنصوص القانون الذى ولد الاجراء فى ظله . ومع التسليم بما تقدم يجوز نفى البطلان وفقاً للنص المستحدث ، ونفاذاً له (٢)

---

(١) أنظر التعليق على نصوص قانون المرافعات الجديد عن المادة ١٤ .

(٢) أنظر دراسة تفصيلية فى التعليق عن المادة ٢٠ ص ٩٢ وما يليها .

وبعبارة أخرى ، تفترض الفقرة الثانية من المادة ٢٠ أن المخالفة الموجبة لحكم بالبطلان قد تمت وتفترض أن القانون السابق أو الجديد ينص صراحة على البطلان ، ومع كل هذا هي تمنع المحاكم من الحكم به ، متى كان الاجراء قد حقق الوظيفة الاجرائية التي رسمها له القانون ، والتي من أجلها نص عليه ومن أجلها نص على البطلان ومن أجلها قصد حماية حقوق المتقاضين (١)

٤ — تنص المادة ٢/٦٢ على أنه في الحالات التي ينص فيها القانون على تخويل الاختصاص المحلي لمحكمة غير محكمة موطن المدعى عليه لايجوز الاتفاق مقدماً على ما يخالف هذا الاختصاص .

وهذه المادة المستحدثة يعمل بها بمجرد نفاذ القانون الجديد لا بالنسبة للدعاوى المرفوعة عن عقود ابرمت قبل العمل بالقانون الجديد وذلك عملا

(١) ومع ذلك قارن نقض ١٩٦٧/١٠/٢٥ سنة ١٨ ص ١٥٥٢ — وفي هذه القضية كانت صحيفة افتتاح الدعوى باطلة بسبب خلوها من توقيع المحامي وصدر حكم محكمة الدرجة الأولى ببطلانها ، وفي الاستئناف كان قد صدر القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ الذي أضاف الفقرة الثانية الى المادة ٢٥ من القانون السابق والتي اجازت التصحيح بالتكملة فتمسك المدعى بالتكملة وفقاً له ، ورفضته محكمة الأستئناف على تقدير أن قوانين المرافعات الجديدة لاتسرى على مافصل فيه من دعاوى ولو بأحكام غير نهائية ، وأيدت محكمة النقض هذا الحكم . وفات المحكمتان أن الأستئناف يطرح النزاع من جديد أمام محكمة الدرجة الثانية ، وأنه مادام الدفع بالبطلان قائما أمام المحكمة وما دام التمسك به قائما يكون التمسك بالتصحيح بالتكملة جائزا مادامت المواعيد مفتوحة وليس ثمة ميعاد واجب الاحترام قد أنقضى ، وأن للفقرة المستحدثة من المادة ٢٥ أثر فوري مباشر عملا بالمادة الاولى من قانون المرافعات .

ولقد صدر حكم جدير بالاشارة من محكمة النقض في ١٩٦٩/٦/١٩ الطعن رقم ٣٤٤ سنة ٣٥ ق أيد ما هو ثابت بالمتن أجاز نفي البطلان عملا بالمادة ٢/٢٠ ولو عن اجراءات باطلة تمت في ظل القانون السابق . وقرر أنه اذا كان أندماج شركة النيل للتأمين في شركة الشرق للتأمين مقتضاه انهاء شخصية الشركة المندمجة واعتبار الشركة الدامجة وحدها الجهة التي تختصم في شأن حقوق الشركة المندمجة والتزاماتها ، واذا كان اعلان التقرير بالطعن بالنقض قد تم الى الشركة المندمجة دون الدامجة ، ومع ذلك قامت الشركة الدامجة بتقديم مذكرة بدفاعها في الميعاد باعتبارها هي الشركة التي خلفت الشركة الأولى بعد انقضائها ، فان الغاية التي يبتغيها المشرع من اعلانها قد تحققت عملا بالفقرة الثانية من المادة ٢٠ المستحدثة وعملا بالمادة الأولى من قانون المرافعات .

بصدر المادة الأولى التي توجب تطبيق القانون الجديد على ما لم يكن فصل فيه من الدعاوى أو تم من الاجراءات (١) .

٥ — تنص المادة ٨٢ وما يليها على قواعد واجبة الاتباع عند غياب الخصوم ، وهى مغايرة لما كان ينص عليه قانون المرافعات السابق . وهى واجبة الاتباع طبقاً لصدر المادة الأولى من قانون المرافعات الجديد ولو كانت الدعوى مرفوعة قبل العمل به . ومن ثم تملك المحكمة الحكم فى الدعوى فى الجلسة الأولى متى كانت صالحة لذلك عملا بالمادة ١/٨٢ .

٦ — إذا رفع النزاع ذاته إلى محكمتين قبل العمل بالقانون الجديد ، ودفع بالاحالة لقيام نفس النزاع وكانت تنظر الدفع المحكمة التى رفع اليها النزاع أولا طبقاً للمادة ١٣٧ من القانون السابق ، ثم صدر القانون الجديد ، وجبت احالة الخصومة فى الدفع إلى المحكمة التى رفع اليها النزاع أخيراً عملا بالمادة ١/١١٢ منه .

وإذا دفع بالإحالة فى ظله فان المحكمة التى تنظر الدفع هى التى رفع اليها النزاع أخيراً عملا بالمادة ١/١١٢ .

٧ — يجوز تصحيح الصفة باختصام الواجب اختصامهم فى الدعوى وذلك عملا بالفقرة الثانية من المادة ١١٥ . هذا ولو كانت الدعوى قد رفعت قبل العمل بالقانون الجديد (٢) .

٨ — تحكم المحكمة من تلقاء نفسها بعدم قبول الدعوى لسابقة الفصل فيها عملا بالمادة ١١٦ المستحدثة . ولو كانت الدعوى قد رفعت قبل العمل بالقانون الجديد وكان الحكم الأول قد صدر فيها قبل العمل به ، وذلك لأن الحجية أصبحت من النظام العام فى القانون الجديد .

---

(١) أنظر دراسة تفصلية فى التعليق عن المادة ٢/٦٢ ص ٢١٤ وما يليها ، وأنظر ماقلناه بصددها فى رقم ٢٠ (١١) .

(٢) أنظر دراسة تفصلية لهذه المادة فى كتاب التعليق ص ٣٠٧ ومايليها .

٩ – للمحكمة ولو من تلقاء نفسها أن تأمر عملا بالمادة ١١٨ المستحدثة بادخال من ترى اختصامه فى الدعوى – ولو كانت مرفوعة قبل بالعمل بالقانون الجديد – وذلك لمصلحة العدالة أو لإظهار الحقيقة .

١٠ – أوجب القانون الجديد ابداء الطلبات العارضة من المدعى أو المدعى عليه فى مواجهة الآخر قبل اقفال باب المرافعة فى الدعوى ، وهذه القاعدة المستحدثة يعمل بها ولو بصدد دعوى رفعت قبل العمل به (م ١٢٣) .

١١ – حذفت المادة ١٣٦ من القانون الجديد العبارة الأخيرة من المادة ٣٠٣ من القانون السابق التى كانت تنص على أنه إذا قدم طلب سقوط الخصومة أحد الخصوم استفاد منه الباقون (١) . وهذه الفقرة الملغاة لايعمل بها إذا قدم الطلب بعد العمل بالقانون الجديد . وانما إذا قدم أحد الخصوم طلب إسقاط الخصومة قبل العمل بالقانون الجديد . فان الأثر المترتب على الطلب ينفذ وفقاً لأحكام القانون السابق . فيفيد منه الباقون ، ولو صدر الحكم باسقاط الخصومة فى ظل القانون الجديد . لأن هذا الحكم انما يصدر فى حدود الطلب القضائى المقدم من الخصم وبالحالة التى كان عليها وقت الادلاء به عملا بقاعدة أساسية فى التشريع مقتضاها أن الطلب القضائى ينظر بالحالة التى كان عليها وقت الإدلاء به .

١٢ – بداهة لا يعمل بالجزاء المستحدث الا إذا تمت المخالفة فى ظل القانون الجديد ، كذلك لا يعتد بتشديد الجزاء – أى لا يعتد بالجزاء الأشد المستحدث – الا إذا تمت المخالفة فى ظل القانون الجديد ، وذلك وفقاً لما سنراه (٢) . ومن ثم لا يحكم بالغرامة المقررة فى المادة ٢/١٨٨ بسبب ابداء دفع أو طلب كيدى الا إذا تم ابداء هذا أو ذلك بعد العمل بالقانون الجديد .

---

(١) أنظر دراسة تفصيلية لهذه العبارة فى كتاب نظرية الدفوع – الطبعة الرابعة رقم ٣٢٨ .

(٢) رقم ١٤ ومايليه .

١٣ — لا يسقط أمر تقدير المصاريف إذا لم يقدم للتنفيذ خلال ثلاثين يوماً من تاريخ صدوره ، على تقدير أنه يعتبر مكملا للحكم بالالزام ، وذلك عملا بما استحدثته المادة ١٨٩ من قانون المرافعات الجديد ، ولو كان الأمر قد صدر فى ظل القانون السابق الذى لا ينص على هذه القاعدة والذى يقرر على وجه العموم سقوط الأوامر على العرائض إذا لم تقدم للتنفيذ خلال ثلاثين يوماً من تاريخ صدورها (م ٣٧٦ منه — م ٢٠٠ من القانون الجديد) أو كانت مدة الثلاثين يوماً المتقدمة قد انقضت قبل العمل بالقانون الجديد ، وذلك لأن الخلاف كان محتدماً فى ظل القانون السابق حول جواز إعمال المادة ٣٧٦ منه بصدد أوامر تقدير المصاريف أو عدم جواز إعمالها ، فلا يتصور ثمة مركز اجرائى ثابت أو مكتمل تجدر حمايته عند تطبيق القانون الجديد . هذا فضلا عن أن القاعدة المستحدثة قد قصد بها تحقيق المصلحة العامة حتى لا تشغل المحاكم باعادة تقدير مصاريف الدعاوى بعد أن تكون قد قامت بالفعل بتقديرها من قبل .

١٤ — يجوز استصدار أمر أداء عن منقولات معينة بنوعها ومقدارها عملا بالقاعدة المستحدثة فى المادة ٢٠١ ولو كان أصل العلاقة القانونية التى ترتب الالتزام عليها قد نشأت قبل العمل بالقانون الجديد . وذلك إعمالا لصدر المادة الأولى من قانون المرافعات .

١٥ — لما كان طعن النائب العام بالنقض قد قصد به مصلحة القانون وتحقيق المصلحة العامة ، فمن الجائز ولوجه — على الرغم من استحداثه بمقتضى قانون المرافعات الجديد (م ٢٥٠) — ولو بصدد أحكام صدرت فى ظل القانون السابق . ذلك لأن مثل هذا الطعن لا يمس مراكز الخصوم الثابتة والمكتملة المترتبة على صدور الحكم المطعون فيه .

١٦ — إذا رفعت دعوى فى ظل القانون السابق وتمسك المدعى بشمول الحكم الصادر فيها بالنفاذ المعجل بحكم المحكمة وجوباً عملا بهذا القانون الذى يوجب شمول الحكم بالنفاذ المعجل فى حالات محددة فيه (تراجع

فيه المادتان ٤٦٨ و ٤٦٩) . وإذا صدر الحكم فى ظل القانون الجديد ، فهل يلزم القاضى بشمول الحكم بالنفاذ المعجل الوجوبى على تقدير أن العبرة بيوم رفع الدعوى لمعرفة ما إذا كان الطلب مقبول أو غير مقبول وان حقوق الخصوم انما تتحدد يوم الادلاء بالطلب القضائى ، أم أن للمادة ٢٩٠ الجديدة أثر فورى مباشر بمجرد نفاذ القانون الجديد الذى الغى حالات النفاذ المعجل الوجوبى . وأدخل حالاته فى المادة ٢٩٠ التى جعلت للمحكمة سلطة تقديرية فى شمول حكمها بالنفاذ المعجل أو فى عدم شمول حكمها به .

نرى أن الرأى الآخر هو الصحيح لأنه – إذا كانت القاعدة الأساسية أن قابلية الحكم للتنفيذ الجبرى بقوة القانون أو قابليته للنفاذ المعجل بقوة القانون أو عدم قابليته له هى وصف للحكم يولد معه ويولد للخصوم بمقتضاه مراكز اجرائية مكتملة ولو جاء قانون جديد بعد صدور الحكم تمنع تنفيذه بعد أن كان جائزاً . أو يجز هذا التنفيذبعد أن كان ممنوعاً – الا أنه إذا صدر الحكم بعد نفاذ القانون الجديد فانه يخضع لسلطانه من حيث القابلية للتنفيذ الجبرى . أو عدم القابلية له ولو رفعت الدعوى فى ظل قانون مغاير للقانون الجديد فى صدد ما تقدم . ولا يعتد بما يقال فى هذا الصدد بأن حقوق المدعى انما تتحدد يوم الادلاء بالطلب القضائى حتى لا يضار من جراء بطء التقاضى أو مشاكسة الخصم الآخر ، وأنه على هذا التقدير تخضع تنفيذ الحكم الصادر فى الطلب القضائى للقاعدة القانونية المقررة يوم الادلاء به أمام المحكمة . وذلك لأن الاجراءات الواجبة الاتباع عند نظر الطلب القضائى عند إثباته وعند صدور الحكم الصادر فيه . وعند الطعن فيه وعند تنفيذه يحكمها المشرع ويحددها القانون النافذ وقت اتخاذ أى اجراء من الاجراءات المتقدمة . وكل ما يملكه المدعى عند الادلاء بطلبه القضائى هو مجرد أمل فى أن ينظر على نحو معين أو أن تختص به محكمة معينة أو أن يكون الحكم الصادر فيه قابلا للطعن أو قابلا للتنفيذ ، دون أن يكون له فى هذا الصدد حق أو مركز اجرائى مكتمل .

١٧ – تسرى المواد ٣٠٢ وما يليها من قانون المرافعات الجديد المتعلقة بالايداع مع التخصيص أو قصر الحجز على بعض الأموال المحجوزة بأثر

مباشر على الحجوز القائمة عند نفاذه لأنها ترسم اجراءات مستحدثة قصد بها تحقيق حسن العدالة دون المساس بحقوق الحاجزين أو المحجوز عليهم أو الغير.

١٨ — لما كانت اجراءات التنفيذ تنشىء حالة قانونية تخضع للقانون المعمول به وقت سريانها ، فاذا بدأت هذه الحالة فى ظل القانون السابق ، فليس ثمة ما يمنع من خضوعها لأحكام القانون الجديد بأثر مباشر سواء من ناحية وقف التنفيذ موقتاً بحكم المحكمة (١) أو وقفه بقوة القانون عملا بالفقرة الثالثة المستحدثة من المادة ٣١٢ (التى ترتب وقف التنفيذ بقوة القانون على الإشكال الأول الذى يقيمه الطرف الملتزم فى السند التنفيذى إذا لم يكن قد اختصم فى إشكال سابق) ، أو من ناحية انقضاء هذه الحالة القانونية كما قدمنا فى الرقم السابق .

١٩ — توقع الحجوز التحفظية فى ظل القانون الجديد بأثره الفورى وعملا بنصوصه (م ٣١٦) وفى الحالات التى حددها هذا القانون ولو كان قد استحدث حالات لم تكن قائمة فى التشريع وقت نشوء العلاقة القانونية بين الخصوم .

٢٠ — نعلم أن القانون الجديد قد ألغى الجزاء العام الذى كان قد استحدثه القانون السابق الذى كان بمقتضاه يملك الحاجز (فى حجز ما للمدين لدى الغير) ولو لم يكن بيده سند تنفيذى الزام المحجوز لديه التقرير بما فى ذمته (م ٥٦٥ منه) ، وكان الحاجز بعدئذ يملك توقيع الجزاء الخاص عملا بالمادة ٥٦٦ من القانون السابق إذا أصر المحجوز لديه على الامتناع عن التقرير أو للأسباب الأخرى المقررة فى تلك المادة ، بشرط أن يكون قد حصل على سند تنفيذى . وقد ألغت المادة ٣٤٣ من القانون الجديد الجزاء العام

---

(١) نقض ٢٦ يناير ١٩٥٠ الطعن رقم ٣ سنة ٢٠ ق — أنظر ملخص هذا الحكم فى رقم ٢٢ . وقد أجازت محكمة النقض طلب وقف تنفيذ الحكم المطعون فيه عملا بالأثر المباشر للمادة ٤٢٧ من القانون السابق التى أجازت — على خلاف القانون القديم — وقف تنفيذ الحكم المطعون فيه بالنقض بشروط معينة .

المتقدم ونصت على أن عدم التقرير بما فى الذمة يجيز للحاجز الذى بيده سند تنفيذى طلب الحكم له على المحجوز لديه بالدين المحجوز من أجله . ولما كان الجزاء العام المتقدم هو مقرر فى الأصل لصالح الخزانة العامة (١) ، وكان القانون الجديد قد خفف – فى الواقع – الجزاء المترتب على الامتناع عن التقرير بما فى الذمة ، فان الحاجز لا يملك بعد نفاذ القانون الجديد الا طلب توقيع الجزاء المقرر فى المادة ٣٤٣ ولو كانت المخالفة قد تمت فى ظل القانون السابق (٢) .

٢١ – إذا ألغى القانون الجديد ميعاداً من المواعيد . ولم يكن الميعاد قد اكتمل فى ظل القانون السابق ، فلا يعتد بما جرى من الميعاد ، وتسرى القاعدة المستحدثة بأثر مباشر . مثال ذلك الغاء ميعاد الستين يوماً لتسجيل تنبيه نزع الملكية – فى التنفيذ على العقار – والا اعتبر التنبيه كأن لم يكن (م ١٦٣ من القانون السابق) ، فاذا بدأ الميعاد المقرر فى المادة ٦١٣ قبل نفاذ القانون الجديد ، وصدر هذا القانون قبل أن يكتمل الميعاد ، فان القانون الجديد هو الواجب التطبيق فى هذا الصدد عملا بصدر المادة الأولى من قانون المرافعات ، لأن القانون الجديد قد ألغى الميعاد ، وهو لم يكتمل وفقاً للقانون الذى بدأ فى ظله (٣) .

٢٢ – إذا أبرم عقد تحكيم فى ظل القانون السابق . ولم يتفق فيه على شخص المحكم ، فان العقد لا ينفذ فى ظل القانون الجديد . ولا يجرى التحكيم الا بعد الاتفاق على شخص المحكم ، لأن المادة ٥٠٢/٣ من القانون الجديد لا تعتد بالتحكيم أو باجرائه الا إذا اتفق الخصوم على شخص المحكم ، ولأن قانون المرافعات الجديد لم تعدفيه وسيلة مقررة لتعيين المحكم وكل هذه القواعد أساسية من النظام العام .

---

(١) أنظر فى دراسته كتاب التنفيذ رقم ٢٣٥ .

(٢) أنظر ما تقرره فى الفقرة رقم ١٧.

(٣) أنظر فى رقم ١٣ دراسة للميعاد المقرر فى المادة ٤١٤ من القانون الجديد ، وهو ميعاد سقوط حل محل ميعاد كامل كان مقرراً فى القانون السابق .

٢٣ — إذا أبرم عقد تحكيم فى ظل القانون السابق ، ونفذ فى ظل القانون الجديد ، فان المحكم يتقيد بالأوضاع المقررة فى هذا القانون . ويملك عدم التقيد باجراءات المرافعات عدا ما نص عليه فى باب التحكيم ، وذلك عملا بالمادة ١/٥٠٦ من القانون الجديد المخالفة للمادة ٨٣٤ من القانون السابق التى كانت تنص على أن المحكم يتبع الأصول والمواعيد المقررة أمام المحاكم الا إذا أعفى منها صراحة .

وإذا رفعت دعوى بطلب بطلان حكم محكم صدر فى ظل القانون السابق فانها توقف تنفيذه عملا بالمادة ٣/٥١٣ من القانون الجديد ، وهذه المادة تخالف المادة ٨٤٩ من القانون السابق التى لم تنص على وقف تنفيذ الحكم — بقوة القانون — عند رفع الدعوى ببطلانه .

٨ — استثناءان : الأوضاع المكتملة — المراكز الجديرة بالحماية :

إذا كانت القاعدة المتقدمة هى الأساسية فيما نحن بصدده ، الا أنه يرد عليها نوعين من الاستثناءات . كل استثناء يقوم على اعتبارات تختلف عن الاعتبارات التى يقوم عليها الاستثناء الآخر .

فالاستثناء الأول يتعلق بالأوضاع الاجرائية المكتملة فى ظل القانون القديم . وهذه يحكمها هذا القانون إعمالا لسيادته ونفاذاً له . ما لم ينص القانون الجديد صراحة على غير ذلك .

والاستثناء الثانى يتصل بالمراكز الإجرائية الجديرة بالحماية رعاية لمصالح الخصوم أو تحقيقاً لحسن سير العدالة . وهذه يمتد سريان القانون القديم اليها للأسباب المتقدمة . على الرغم من أن هذه المراكز لم تثبت فى ظله ولم تكون فى ذاتها وصفاً اجرائياً مكتملا .

والاستثناء الأول يقرره مفهوم مخالفة صدر المادة الأولى من قانون المرافعات . ومقتضاه أن قوانين المرافعات الجديدة لا تسرى على مافصل فيه من الدعاوى أو تم من اجراءات قبل تاريخ العمل بها .

كما تقرر هذا الاستثناء بصورة جزئية المادة الثانية من قانون المرافعات السابق والجديد (والمادتان متطابقتان) ، وهى تقول : «كل اجراء من اجراءات المرافعات تم صحيحاً فى ظل قانون معمول به يبقى صحيحاً ما لم ينص على غير ذلك» ولا يجرى ما يستحدث من مواعيد السقوط الا من تاريخ العمل بالقانون الذى استحدثها (١) .

والاستثناء الثانى تقرره الفقرات الثلاثة الأخيرة من المادة الأولى من قانون المرافعات .

وسوف تدور دراستنا التالية حول هذين الاستثناءين .

وقد لا يتيسر فى بعض الأحوال التقيد — بصورة كاملة — بالتحديد المتقدم ، نظراً لتشعب الفروض المختلفة للحالات ، بحيث قد يضطرنا استكمال البحث فى مكان واحد إلى ذكر فروض ثانوية قد يتطلب المنطق بصددها أن تندرج فى مكان آخر . وسوف نشير إلى كل هذا فى حينه .

الفرع الاول

سريان القانون القديم على الأوضاع الاجرائية المكتملة فى ظله

٩ — مبدأ عدم رجعية القوانين (٢) :

مبدأ عدم رجعية القوانين الجديدة هو من المبادىء الأساسية المقدسة فى غالبية القوانين الحديثة لأنه يتمشى مع المنطق والعدل ، وهو يصادف

---

(١) يستمد بعض الشراح مبدأ انعدام الأثر الرجعى لقوانين المرافعات فى القانون المصرى من المادة الثانية من قانون المرافعات وحدها ، فى حين أن هذه المادة قد طبقت المبدأ بصورة جزئية وفى حين أن صدر المادة الأولى هو الذى قرر المبدأ فى صورة عامة شاملة (قارن : حسن كيرة رقم ٢١١ وشمس الوكيل رقم ١٤٥ المراجع السابقة الاشارة اليها) .

La non-rétroactirité des lois

(٢) تنص المادة ٢ من القانون المدنى الفرنسى على أنه « لا يحكم القانون إلا بالنسبة إلى المستقبل فليس له أثر رجعى » .

ويقرر المبدأ المتقدم بصورة صريحة جميع الدساتير المصرية المتعاقبة (م ٢٧ من دستور ١٩٢٣ وم ١٨٦ من دستور ١٩٥٦ ، وم ٦٦ من دستور ١٩٥٨ ، وم ١٦٣ من دستور ١٩٦٤) .

فى التطبيق العملى مشكلات عديدة ، نحاول تحديدها فيما يلى بصدد قوانين المرافعات . وهى تنحصر فى صدد الدعاوى التى فصل فيها ، والاجراءات التى تمت ، والمواعيد التى انقضت ، والجزاءات ، وكيفية التمسك بهذه الجزاءات .

١٠ — الدعاوى المحكوم فيها :

تقرر المادة الأولى من قانون المرافعات — بمفهوم مخالفتها — ان الدعاوى التى تم الفصل فيها قبل العمل بالقانون الجديد لا تخضع لحكمه وانما تسرى عليها أحكام القانون القديم .

كذلك تقرر هذا المبدأ — فى صورة جزئية وبصدد قوانين الاختصاص — المادة الثانية من القانون باصدار قانون المرافعات إذ تقول «على المحاكم أن تحيل بدون رسوم ومن تلقاء نفسها ما يوجد لديها من دعاوى أصبحت من اختصاص محاكم أخرى بمقتضى أحكام هذا القانون . وذلك بالحالة التى تكون عليها .. الخ . ولا تسرى أحكام الفقرة السابقة على الدعاوى المحكوم فيها أو الدعاوى المؤجلة للنطق بالحكم بل تبقى خاضعة لأحكام النصوص القديمة[1] .

والقاعدة الأساسية أنه متى صدر الحكم فى ظل القانون القديم فانه يأخذ حكمه من ناحية قابليته للتنفيذ الجبرى بقوة القانون أو قابليته للنفاذ المعجل بقوة القانون أو عدم قابليته له . بحيث إذا كان قابلا للتنفيذ وفقاً للقانون القديم وصدر القانون الجديد قبل إجراء تنفيذه فانه يظل قابلا للتنفيذ ولو قرر القانون الجديد عدم قابلية مثله للتنفيذ . والعكس صحيح ، بمعنى انه إذا صدر حكم غير قابل للتنفيذ فى ظل قانون ما ثم صدر قانون جديد بجعل مثله قابلا للتنفيذ فان الأول لا يكون قابلا للتنفيذ بقوة القانون الجديد .

كذلك إذا صدر حكم مشمول بالنفاذ المعجل بحكم المحكمة ثم صدر قانون جديد جعل مثله غير قابل للشمول بالنفاذ المعجل . فان هذا القانون

---

(١) راجع أيضاً المادة ٤ من القانون رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٩ باصدار قانون المرافعات السابق

لا يمس القوة التنفيذية للحكم الأول . والعكس صحيح ، بمعنى أنه إذا صدر حكم غير مشمول بالنفاذ المعجل ثم صدر قانون جديد يوجب على المحكمة شمول مثله بالنفاذ المعجل فان هذا القانون الجديد لا يؤثر فى عدم قابلية الحكم الأول للنفاذ ، ولا يجوز للمحكوم له طلب شموله بالنفاذ فى ظل القانون الجديد .

وبكلمة واحدة ، قابلية الحكم للتنفيذ الجبرى أو عدم قابليته له هى وصف لحكم يولد معه ويولد بمقتضاه مراكز اجرائية مكتملة ، فلايؤثر فيها صدور أى قانون جديد مغاير للقانون الذى صدر الحكم فى ظله .

والقاعدة الأساسية أيضاً انه متى صدر حكم فى ظل قانون معين ، وكان غير قابل للطعن فيه بأى طريق أو أصبح كذلك ، فان صدور أى قانون جديد لا يؤثر فى المراكز الاجرائية المكتملة للخصوم ولو جعل مثله قابلا للطعن ، وذلك احتراماً لتلك المراكز الثابتة المكتملة .

وسوف ترد فيما بعد فروض أخرى للحالة الأخيرة لا تكون مراكز الخصوم فيها مكتملة . وقد اختلف الرأى بصددها فى فرنسا ، بين امتداد سريان القانون القديم عليها أو نفاذ الجديد بصددها . وقد نص قانون المرافعات المصرى فى المادة ١/٣ منه على سريان القانون القديم إذا صدر الحكم فى ظله .

ومن ناحية أخرى ، تقصد المادة الأولى من قانون المرافعات أن تقرر أن قانون المرافعات الجديد لا يسرى على الدعاوى التى حكم فيها قبل نفاذه ، بحيث لا يعاد نظرها من جديد فى ظله ولو عدل تعديلا جوهرياً اجراءات نظر الدعوى أو اجراءات رفعها أو اجراءات إثباتها .

كذلك تقصد المادة عدم اعادة نظر الدعاوى التى انقضت قبل العمل بالقانون الجديد بقوة القانون القديم ودون حكم من المحكمة – كما إذا ظلت الدعوى مشطوبة – فى ظل القانون السابق – المدة الكافية لاعتبارها كأن

لم تكن بقوة نصوصه وبغير حاجة إلى صدور حكم (راجع المادة ٩١ من القانون السابق والمادة ٨١ من القانون الجديد) .

ولا يعاد نظر الدعوى التى تم الفصل فيها قبل نفاذ القانون الجديد ولو كان الحكم الصادر فيها قابلا للطعن أو طعن فيه بالفعل . وبعبارة أخرى مرحلة التقاضى التى تمت بصدور حكم قبل العمل بالقانون الجديد يعتد بها ولا تعاد من جديد بعد العمل به ولو استحدث اجراءات جوهرية لنظر الدعوى أو اثباتها .

وبعبارة ثالثة ، مبدأ عدم رجعية القانون يستوجب عدم المساس باجراءات التقاضى التى تمت بصدور حكم وانتهت به . ولو كان هذا الحكم قابلا للطعن فيه بأى طريق من طرق الطعن العادية أو غير العادية ، أو كان قد طعن فيه بالفعل ، وذلك لأن كل مرحلة من مراحل التقاضى تختم بصدور حكم ينهى الخصومة برمتها أمام المحكمة يكون لها كيانها المستقل ، (وقد يحسم هذا الحكم الخلاف بصور باتة كما إذا فوت الخصوم ميعاد الطعن فيه أو إذا حكم بعدم قبول الطعن فيه أو بعدم جوازه أو ببطلانه) . والرأى المتقدم هو الثابت فقهاً وقضاء فى فرنسا [1] . ويؤكده فى القانون المصرى (١) أن المادة الرابعة من قانون أصدار قانون المرافعات السابق كانت تنص على عدم احالة الدعاوى من المحاكم التى أصبحت غير مختصة بها بعد العمل بالقانون الجديد متى حكم فيها ولو غيابياً . (٢) أنه عند نظر مشروع قانون المرافعات السابق بلجنة المرافعات بمجلس الشيوخ قال المرحوم الأستاذ الدكتور محمد حامد فهمى بجلسة ١٧ ابريل سنة ١٩٤٧ : أن الغرض من عبارة «فصل فيه» الواردة فى صدر المادة الأولى أن يكون قد فصل فى الدعاوى ولو لم يحكم فيها نهائياً . وقد وافقت اللجنة على هذه الملاحظة [2] .

---

(١) جلاسون وتسييه ١ رقم ٥ ص ١١ وأحكام النقض الفرنسى المشار اليها فيه ، وموريل رقم ١٩ ص ١٨ ونقض فرنسى ٢٣ مايو ١٩٤٠ دالوز ١٩٤٠ ص ١٤٣ وسوليس وبيرو رقم ٢٧ ص ٣٠ ومايليها وأحكام النقض الحديثة العديدة المشار اليها فى المرجع الأخير .

(٢) المدونة ١ ص ١١ .

(٣) أن المادة ١٥ من المشروع التمهيدى للقانون المدنى تنص على أنه تسرى النصوص المتعلقة بالتنظيم القضائى واختصاص المحاكم وما تقوم به من توجيه للاجراءات من وقت العمل بهذه النصوص على الدعاوى المنظورة التى لم يصدر فيها حكم فى الموضوع نهائياً كان هذا الحكم أو غير نهائى .

وقد استبعدت هذه المادة من المشروع التمهيدى للقانون المدنى على اعتبار أنها أدخل فى قانون المرافعات منها فى القانون المدنى .

وإذن ، لا يعاد نظر الدعوى التى تم الفصل فيها قبل نفاذ القانون الجديد الا إذا طعن فى الحكم الصادر فيها بطريق من طرق الطعن . وقد يترتب عليه اعادة النزاع على المحكمة التى أصدرت الحكم المطعون فيه . وعندئذ ينظر — بداهة — وفق الاجراءات المقررة فى القانون الجديد ، وهو القانون الذى تتخذ الاجراءات من جديد فى ظله .

فمثلا إذا صدر حكم من محكمة الاستئناف فى ظل القانون السابق ، ثم طعن فيه بالنقض ، وقضت محكمة النقض بنقض الحكم واحالة النزاع إلى المحكمة التى أصدرت الحكم المطعون فيه لتحكم فيه من جديد بناء على طلب الخصوم ، ثم صدر القانون الجديد . فانه يتعين أن تتخذ عند نظر هذا النزاع الاجراءات المقررة فى القانون الجديد .

وإذا صدر حكم من محكمة الدرجة الأولى فى ظل القانون السابق ، ثم طعن فيه بالاستئناف فى ظل القانون الجديد ، فان محكمة الدرجة الثانية تفحص حكم محكمة الدرجة الأولى على أساس المعيار الصحيح للاجراءات وفق القانون السابق وهو القانون السارى وقت نظر تلك الدعوى التى صدر فيها الحكم المطعون فيه بينما تتبع فى اجراءات الاستئناف ونظره أحكام القانون الجديدة .

وإذا صدر حكم فى شق من الموضوع أو فى مسألة متفرعة عنه ، أو فى مسألة متعلقة بالاثبات أو بالاجراءات ، ثم صدر القانون الجديد ،

فانه يستكمل نظر الدعوى وفق الاجراءات المقررة فى هذا القانون ، على الرغم من أن شقاً من الدعوى قد نظر وفقاً لأحكام القانون السابق .

ويقصد أصلا بالدعاوى التى فصل فيها تلك التى نطق بالحكم فى موضوعها أو نطق بالحكم المنهى للخصومة أمام المحكمة . أما الدعاوى التى يصدر فيها حكم فى شق من الموضوع أو فى مسألة متعلقة بالاثبات أو بسير الدعوى ، فلا تعتبر قد فصل فيها ، ومع ذلك ، فقد جرى الفقه والقضاء فى فرنسا وفى مصر ، على ابقاء الاختصاص بنظرها للمحكمة التى حددها القانون القديم ، إذا قطعت الدعوى مرحلة تبرر للمحكمة استكمال نظرها تحقيقاً لحسن سير العدالة وتقديراً لمصالح الخصوم .

ويدق تحديد المرحلة التى إذا تمت فانها تعتبر مبرراً لاستكمال نظر الدعوى ، على الرغم من أن المحكمة لم تعد مختصة بنظرها وفق القانون الجديد . وبعبارة أخرى ، يدق تفسير عبارة «الدعاوى المحكوم فيها» فى المادة الثانية من القانون باصدار قانون المرافعات . وقد قدمنا أنه يقصد بها أصلا الدعاوى التى نطق بالحكم فى موضوعها أو نطق بالحكم المنهى للخصومة أمام المحكمة ونضيف أنه يقصد بها أيضاً — فى المقام المتقدم — الدعاوى المحكوم فى شق من موضوعها ، لأن صدور حكم فى شق من موضوع الدعوى يجعل للخصم حقاً مكتسباً فى أن تنظر نفس المحكمة باقى الموضوع (١) .

كذلك يقصد بالعبارة الأحكام الفرعية التى تنهى الخصومة كلها أو جزءاً منها ، كالحكم الصادر بعدم قبول الدعوى بالنسبة لبعض الطلبات فهنا أيضاً ونظراً لعدم تجزئة الدعوى ، وعلى تقدير أن المحكمة وقد فصلت فعلا فى طلب من طلبات الدعوى — فى موضوعه أو بانقضاء الخصومة فيه بغير حكم فى الموضوع — فان الاختصاص يجب أن يبقى لها بالنسبة لباقى الطلبات .

---

(١) جلاسون ١ رقم ٥ ومايليه .

وإنما إذا صدر فى الدعوى حكم متعلق بالاثبات (تمهيدى أو تحضيرى بتعبير القانون القديم) أو بسير الاجراءات ، أو بعبارة عامة أى حكم صادر قبل الفصل فى الموضوع لا تنتهى به الخصومة كلها أو بعضها فان الإحالة تكون واجبة .

وقد قضت محكمة النقض تأكيداً لما تقدم بوجوب الإحالة تطبيقاً لقانون اصدار قانون المرافعات السابق إذا لم يصدر فى الدعوى حكم ينهى الخصومة كلها أو بعضها (١) .

أما محكمة النقض الفرنسية فقد ذهبت إلى أبعد مما ذهبت اليه محكمة النقض المصرية ، وجرى قضاؤها الأخير على ابقاء الاختصاص بالنزاع للمحكمة ولو لم تعد مختصة به وفقاً لأحكام القانون الجديد ، متى أصدرت فيه حكماً – ولو كان صادراً قبل الفصل فى الموضوع – شف عن وجهة نظر المحكمة فى موضوع الدعوى (préjuge le fond) . ومثل هذا الحكم كان يطلق عليه – فى ظل القانون القديم الصادر سنة ١٨٨٣ – حكماً تمهيدياً (jugement interlocutoire) .

وإذا صدر فى الدعوى حكم مستعجل لا يشف عن وجهة نظر المحكمة فى موضوع الدعوى ، فانه لا يمنع من وجوب احالة الدعوى إلى المحكمة المختصة طبقاً لأحكام القانون الجديد (٢) .

وواضح من كل ما تقدم اختلاف الزاوية التى تنظر منها كل من محكمة

---

(١) أنظر نقض ١٠ فبراير ١٩٥٥ المحاماه ٣٦ ص ٥١٩ ونقض ٢٩ فبراير ١٩٥٧ مجموعة النقض ٨ ص ١٨٩ ونقض ٥ مارس ١٩٥٩ المحاماه ٤٠ ص ٦٧٦ .

قالت محكمة النقض فى أحكامها السابقة الاشارة اليها « أنه إذا كان قانون الاصدار قرر عدم جواز الاحالة بالنسبة إلى الدعاوى المحكوم فيها حضورياً أو غيابياً فانما يعنى الدعاوى التى تكون قد صدرت فيها أحكام منهية للخصومة كلها أو بعضها فلا يندرج فيها الدعاوى التى تكون قد صدرت فيها أحكام تمهيدية .

(٢) سوليس وبيرو رقم ٢٧ ص ٣٠ وص ٣١ وأحكام النقض الفرنسية العديدة المشار اليها .

النقض المصرية والفرنسية للموضوع ، فالأولى تجعل المناط فى ابقاء الاختصاص للمحكمة هو صدور حكم منها ينهى الخصومة كلها أو جزء منها ، على تقدير أنها وقد فصلت فعلا فى طلب من طلبات الدعوى – فى موضوعه أو بانقضاء الخصومة فيه بغير حكم فى الموضوع – فان الاختصاص يجب أن يبقى لها بالنسبة لباقى الطلبات ، بينما تجعل الثانية المناط فى ابقاء الاختصاص للمحكمة وهو صدور حكم منها يبين وجهة نظرها فى موضوع الدعوى ويشف بما سوف تقضى به وعندئذ تتكشف للمحكوم له بمثل الحكم المتقدم مصلحة أكيدة فى ابقاء الاختصاص لها . وكل من المحكمتين متفقتان فى وجوب ابقاء الاختصاص للمحكمة إذا أصدرت حكماً فى شق من الموضوع .

وواضح أن مذهب محكمة النقض الفرنسية هو الاقرب إلى المنطق السليم وان كان يعيبه الابقاء على عدد كبير من الدعاوى أمام محاكم لم تعد مختصة به وفق أحكام القانون الجديد ، هذا فضلا عن اعادة الأهمية لتفرقة بين بعض الأحكام غير القطعية الصادرة قبل الفصل فى الموضوع (jugements d'avant dire droit) ، والبعض الآخر ، بحسب ما إذا كانت تشف عن وجهة نظر المحكمة فى موضوع الدعوى أو لا تشف عنها ، وهى تفرقة قلت أهميتها وكادت تندثر من التشريع ، وكانت الأولى تسمى «تمهيدية» بينما الثانية تسمى «تحضيرية» ، وقد نجح القانون السابق فى الغاء أهمية هذه التفرقة بصدد الطعن المباشر فى الأحكام وبصدد الحجية (١) .

١١ – الدعاوى المؤجلة للنطق بالحكم :

إذا أجلت الدعوى للنطق بالحكم ، فعنى هذا اكتمال جميع اجراءات نظرها واجراءات اثباتها ، فاذا صدر قانون جديد بعد اقفال باب المرافعة فيها ، وقبل النطق بالحكم ، فان الدعوى تظل خاضعة لأحكام القانون القديم .

---

(١) أنظر كتاب نظرية الأحكام فى قانون المرافعات للدكتور أبو الوفا بصدد دراسة تفصيلية للتفرقة المتقدمة .

خاصة وأنه قد تكون المداولة قد تمت فى ظل هذا القانون ، بل قد يكون الحكم قد كتب بالفعل فى ظله .

وإذن من الأقرب إلى السداد والقصد ألا تنتزع الدعوى من المحكمة بعد أن أصبحت مهيأة للحكم فيها . وكل ما يشترط فى هذه الحالة أن تكون المحكمة قد أجلت القضية للنطق بالحكم فى ظل القانون القديم وقبل نفاذ القانون الجديد . ولا يشترط فى هذه الحالة أن تكون المواعيد المحددة لتقديم مذكرات الخصوم الختامية — أن كان — قد انقضت قبل نفاذ القانون الجديد ، كما لا يشترط تقديمها بالفعل فى ظل القانون القديم ما دامت قد أجلت للنطق بالحكم فى ظله .

ومتى صدر القانون الجديد بعد حجز القضية للنطق بالحكم فيها ، فان المحكمة تملك فى ظله تأجيل النطق بالحكم — دون اعادة القضية للمرافعة بطبيعة الحال — وذلك عملا بالمادة ١٧٢ من قانون المرافعات .

وإذا تم تأجيل القضية للنطق بالحكم فى ظل القانون القديم ، وانما فى جلسة النطق بالحكم — بعد العمل بالقانون الجديد — استبان للمحكمة من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحد الخصوم ، أنها غير صالحة للفصل فيها وان الأمر يحتاج إلى ندب خبير مثلا أو أى تحقيق فان الدعوى عندئذ يتعين احالتها عملا بالمادة المتقدمة إلى المحكمة التى أصبحت مختصة طبقاً للقانون الجديد .

وكقاعدة عامة إذا فتح باب المرافعة فى الدعوى فى ظل القانون الجديد ، لأى سبب من الأسباب وجب عندئذ أعمال القاعدة المتقدمة . كما إذا أجلت القضية للنطق بالحكم فيها بعد ابداء دفع بعدم قبول الدعوى مثلا ، أو ببطلان صحيفتها ، ثم قضت المحكمة فى ظل القانون الجديد بقبول الدعوى أو برفض الدفع ببطلان الصحيفة ، فعندئذ تجب احالة الدعوى إلى المحكمة التى أصبحت مختصة بنظرها فى ظل القانون الجديد .

وتسرى القواعد المتقدمة أيا كانت المحكمة التى أصبحت مختصة بنظر

الدعوى ، ولو كانت تتبع جهة قضاء غير الجهة التى تتبعها المحكمة التى كانت تنظر الدعوى فى ظل القانون القديم ، وذلك تمشياً مع روح التشريع التى بدت بوضوح فى المادة ١١٠ من القانون الجديد التى أوجبت الإحالة بعدم الحكم بعدم الاختصاص ولو كانت المحكمة قد قضت بعدم اختصاصها المتعلق بالوظيفة .

وانما إذا صدر قانون يمنع جميع جهات القضاء من نظر دعوى معينة ، فان مثل هذا القانون ينفذ فوراً ولو كان صادراً بعد اقفال باب المرافعة فى الدعوى وقبل صدور الحكم فيها، ولاتطبق فى هذا الصدد المادة المتقدمة(١).

١٢ — الاجراءات التى تمت :

إذا تم اجراء فى ظل قانون معين فانه يأخذ حكمه ، سواء أكان الاجراء يسبقه ميعاد أو يتلوه أو يتخلله ، وسواء أكان من اجراءات رفع الدعوى أم من اجراءات التنفيذ ، وسواء أكان من الاجراءات التى تتم بالاعلان أم تتم بالايداع فى قلم الكتاب أم تتم شفاهة فى الجلسة ، وسواء أكان صحيحاً أم باطلا . ويترتب على الاجراء أثره الذى حدده القانون الصادر فى ظله .

واذن قانون المرافعات الجديد لا يسرى على الاجراءات التى تمت قبله سواء من ناحية تحديد أثر الاجراء الصحيح أو من ناحية بطلان الاجراء الذى تم باطلا . وبعبارة أخرى ، يفيد صدر المادة الأولى حتما ان كل اجراء من اجراءات المرافعات تم صحيحاً فى ظل قانون معمول به يبقى صحيحاً وكل اجراء تم باطلا يظل باطلا(٢) ، وهو بذلك يغنى عن الفقرة الأولى من المادة الثانية من قانون المرافعات . واذن ، القاعدة التى تقرر أن الاجراء الذى تم باطلا فى ظل قانون معمول به يظل باطلا ولو صدر قانون جديد

(١) قارن حكم المحكمة الادارية العليا فى أول ديسمبر ١٩٥٦ مجموعة أحكام المحكمة العليا ٢ ص ١٢٢ وحكم محكمة القضاء الادارى فى ٢٦ مارس ١٩٥٧ السنة ١١ ص ٣١٥ .

(٢) جلاسون وتسييه وموريل ١ رقم ٥ ومايليه .

مثله صحيحاً ، هذه القاعدة لا يقررها مجرد مفهوم مخالفة الفقرة الأولى من المادة الثانية من قانون المرافعات وانما يقررها أيضاً صدر المادة الأولى من قانون المرافعات . ومع ذلك قيل أن الاجراء وسيلة لا غاية وان الحقوق المكتسبة بالنسبة لبطلان الاجراءات لا يصح أن تؤثر على ذات الحقوق الموضوعية (أنظر محضر الجلسة الثانية والثلاثين من محاضر جلسات لجنة مراجعة مشروع قانون الاجراءات فى المواد المدنية والتجارية) ، ورؤى بعدئذ الابقاء على نص المادة الثانية من قانون المرافعات على حاله .

ومن ثم إذا كان القانون السابق ينص على البطلان بعبارة ناهية أو نافية ثم ألغى هذا البطلان فى القانون الجديد (أو إذا ألغى القانون الجديد الشكل الجوهرى الذى كان البطلان يترتب على مخالفته) ، فان النص المستحدث لا يسرى على ما تم من اجراءات قبل العمل به . وقد أوجبت محكمة النقض توقيع جزاء البطلان على الرغم من صدور قانون جديد لا يرتبه (١) .

وقد يبدو غريباً أن يحكم بالبطلان جزاء مخالفة لم يعد يراها القانون الجديد جوهرية فلا يرتب البطلان نتيجة لها . وانما الفيصل فى نظرنا هو عدم المساس بالحقوق المكتسبة ، ولهذا يقرر صدر المادة الأولى صراحة ان القانون الجديد لا يمس الاجراءات التى تمت فى ظل القانون القديم ، فتأخذ حكمه سواء من ناحية صحتها أو عدم صحتها أو من ناحية آثارها القانونية . ولا يجوز أن يخلق القانون الجديد اجراءات صحيحة من اشتات اجراءات باطلة (٢) .

ومن أمثلة ما تقدم حكم المادة ٣٨٩ من القانون السابق (الصادر سنة ١٩٤٩) الذى أوجب اشتمال صحيفة المعارضة على أسبابها والا كانت باطلة ، على عكس القانون القديم (الصادر سنة ١٨٨٣) الذى لم يستوجب ذلك ، فاذا

---

(١) نقض ٧ نوفبر ١٩٦٢ طعن رقم ٦٧ سنة ٢٩ ق .
(٢) أنظر كتاب التعليق على نصوص قانون المرافعات الجديد عن المادة الثانية رقم (١) .

أعلنت صحيفة المعارضة فى ظل القانون القديم فانها تكون صحيحة ولو لم تسشتمل على أسباب المعارضة .

ومن أمثلة ما تقدم أيضاً القاعدة التى كانت سائدة فى ظل القانون القديم والتى كانت تقرر أن ميعاد الطعن فى الحكم يجرى من تاريخ اعلانه فى حق المعلن اليه فقط ، أما من أعلن الحكم فلا يجرى الميعاد فى حقه الا من تاريخ اعلانه بالحكم من الطرف الآخر اعتباراً بأن الشخص لا يسقط حقه بعمل يقوم به من جانبه nul ne se fôrclot soi-même ، ثم جاء القانون السابق ونص فى المادة ٣٧٩ منه على أن ميعاد الطعن يجرى فى حق من أعلن الحكم ومن أعلن اليه . فهذا النص المستحدث لا يسرى على الاعلان الذى تم فى ظل القانون القديم ، وبعبارة أخرى ، يرتب الاعلان ذات الأثر الذى نص عليه القانون المعمول به وقت اجرائه (١) .

وإذا كان القانون القديم يجيز للمحكمة الاستئنافية التصدى لموضوع الدعوى فى أحوال معينة ، وألغى القانون التالى عليه هذا الحق ، فان المحكمة لا تملك التصدى فى ظل هذا القانون ولو كان الاستئناف مرفوعاً قبل العمل به وذلك لأن الغاء التصدى أمر يتصل بالنظام العام ، لأنه واستثناء من الأصل العام ، ولأنه حق اختيارى للمحكمة لا يتحقق الا عند استعماله ولا يتعلق به حق الخصم المستأنف بمجرد رفع الاستئناف (٢) .

وإذا نص قانون جديد (م ٤١٥ من القانون السابق) على أن ترك الخصومة فى الاستئناف الأصلى يستتبع الحكم ببطلان الاستئناف الفرعى فان هذا الأثر لا يسرى بالنسبة لاستئناف فرعى رفع صحيحاً فى ظل القانون السابق عليه ولو تم الترك بعد العمل بالقانون الجديد لأن هذا الأثر الذى استحدثه القانون يمس حقاً مكتسباً للخصم ، وذلك حتى لايسقط استئناف الحكم

(١) راجع حكم النقض المشار اليه فى مجموعة أحكام الجمعية العمومية – السنة الثالثة ص١٩

(٢) نقض ٢٨ ابريل ١٩٥٥ المحاماه ٣٦ ص ٩٨٤ ونقض ٢٢ مايو ١٩٥٢ طعن ١٠٩ سنة ٢٠ قضائية .

الفرعى بفعل خصمه ولم يدر بخلده ذلك عند رفعه استئنافه الفرعى . وإذا تم الترك قبل العمل بالقانون الجديد فمن باب أولى لا يعتد بآثار الترك التى أوردها القانون الجديد ولو لم يعتمد الترك من جانب المحكمة الا بعد العمل به وذلك لأن الترك تنازل واسقاط يتم عملا بالقانون القديم بمجرد التصريح به (١).

وإذا استحدث قانون اجراءات لرفع الطعن أو اجراءات لتحضيره أو نظره أو الحكم فيه فان هذه الاجراءات تسرى ولو كان الحكم المطعون فيه قد صدر فى ظل القانون القديم أو طعن فى ظله ، بحسب الأحوال (٢) وذلك لأن الاجراءات المتقدمة تنصرف مهمتها إلى مجرد رسم السبيل الواجب اتخاذه والأوضاع التى تلزم مراعاتها عند رفع الطعن وترشد القضاء إلى كيفية الفصل فيه — وكذا — ومن باب أولى — إذا استحدث قانون اجراءات لنظر الدعوى واثباتها فانه يسرى ولو بصدد دعاوى رفعت قبل العمل به .

ومن أمثلة ما نحن بصدده أيضاً ما قرره قانون المرافعات الجديد (رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨) بصدد التنصل من أعمال الوكيل بالخصومة ، فقد أسقط هذا القانون ما تعلق باجراءات ومواعيد هذا التنصل حتى يخضع التوكيل بالخصومة لحكم القواعد العامة ، شأنه فى ذلك شأن كل اخلال بتعاقد من حيث البطلان والتعويضات عن الضرر الذى يلحق الموكل من تصرفات الوكيل . وإذا تمت اجراءات التنصل صحيحة فى ظل القانون السابق ، فانها تظل صحيحة فى ظل القانون الجديد ، وكذلك إذا كانت باطلة أو سقط الحق بصددها فانها تبطل أو تسقط عملا بالقواعد الأساسية المقررة فى المادة الأولى والثانية من قانون المرافعات ، وإنما إذا لم تتم اجراءات التنصل فى ظل القانون السابق ، أو بدأ بصددها ميعاد قانونى لم يكتمل قبل نفاذ القانون

---

(١) نقض ٦ مارس ١٩٥٢ الطعن رقم ٤١ سنة ٢٠ قضائية وراجع أيضاً بخصوص اجراءات الشفعة حكم النقض المنشور فى المدونة ١ ورقم ٥ وقارن استئناف المنصورة المنشور بذات الرقم .

وأنظر بالنسبة إلى اجراءات التنفيذ كتاب التنفيذ للدكتور أبوالوفا رقم ١٣ .

(٢) المجلس الحسبى العالى ٢١ يونية ١٩٣١ المحاماه ١٢ ص ١٩٤٠

الجديد ، فلا يعتبر الاجراء الواجب اتخاذه فى الميعاد قد تم ، وهنا ينفذ القانون الجديد ، وتسرى القواعد العامة فى البطلان المقررة فى القانون المدنى أو قواعد المسئولية فيه ، على تقدير أن الاجراءات التى لا تتم فى ظل القانون السابق لا يعتد بها متى صدر القانون الجديد الذى ألغى هذه الاجراءات ومواعيدها (١) .

١٣ — المواعيد التى انقضت :

إذا بدأ الميعاد وانقضى فى ظل قانون معين ، فان الآثار القانونية التى حددها هذا القانون تسرى ولو صدر بعد انقضاء الميعاد قانون آخر يرتب آثاراً أخرى ، أو يلغى هذه الآثار أو يعدلها أو يلغى الميعاد (٢) ، وذلك احتراماً لسيادة القانون الذى تم الميعاد فى ظله .

ويعمل بالقاعدة المتقدمة أيا كان نوع الميعاد وسواء أكان من المواعيد الكاملة التى يتعين اتخاذ الاجراءات بعدها ، أم من المواعيد الناقصة التى يتعين اتخاذ الاجراءات فى خلالها ، أم من المواعيد التى يتعين اتخاذ الاجراءات قبلها ، كميعاد الاعتراض على قائمة شروط البيع فى التنفيذ على العقار .

وجدير بالملاحظة انه إذا عدل القانون الجديد ميعاداً قائماً بالنقص أو بالزيادة وجب إعمال المادة ١/٢ التى تأتى دراستها ، وإذا استحدث ميعاداً جديداً وجب إعمال المادة ٢/٢ التى ندرسها فيما بعد أيضاً .

ومن الأمثلة الطريفة للحالة التى نحن بصددها ما قرره قانون المرافعات الجديد فى المادة ٤١٤ مستحدثاً ميعاداً من مواعيد السقوط وملغياً فى ذات الوقت ميعاداً كاملا كان مقرراً فى المادة ٦٣٠ من القانون السابق . فالمادة ٦٣٠ كانت تمنع مباشر الاجراءات — فى التنفيذ على االعقار — من ايداع قائمة

---

(١) أنظر التعليق على نصوص قانون المرافعات الجديد عن المادة ٧٥ رقم (٢) .

(٢) أنظر على سبيل المثال المادة ٤٠٢ من قانون المرافعات الجديد التى ألغت ميعاد تسجيل تنبيه نزع الملكية — فى التنفيذ على العقار — الذى كان تفرره المادة ٦١٣ من القانون السابق — أنظر رقم ٧ (٢١) .

شروط البيع فى خلال تسعين يوماً من تاريخ تسجيل تنبيه نزع الملكية . وجاءت المادة ٤١٤ ملغية هذا الميعاد الكامل وموجبه على مباشر الاجراءات ايداع قائمة شروط البيع فى خلال ذات التسعين يوماً التالية على تسجيل تنبيه نزع الملكية والا اعتبر تسجيل التنبيه كأن لم يكن (١) .

وبعبارة أخرى ، فى التسعين يوماً التالية لتسجيل التنبيه لا يجوز لمباشر الاجراءات ايداع قائمة شروط البيع فى القانون السابق والا كانت الاجراءات باطلة ، وذلك حتى يمكن المدين من تفادى الاجراءات إن أمكن بأداء دينه ، بينما فى القانون الجديد ، وفى خلال ذات الميعاد يتعين على مباشر الاجراءات إيداع القائمة والا سقط تسجيل التنبيه .

ويدق تحديد أثر القانون الجديد على ما لم يتم من الاجراءات فى ظل القانون السابق . ولما كانت المادة ١/٤١٤ المستحدثة قد ألغت الميعاد الكامل المقرر فى المادة ٦٣٠ من القانون السابق ، واستحدثت فى ذات الوقت ميعاداً من مواعيد السقوط ، فاذا كان مباشر الاجراءات قد سجل تنبيه نزع الملكية فى ظل القانون السابق وانقضى تسعون يوماً قبل نفاذ القانون الجديد فان ميعاد السقوط المستحدث يسرى من وقت نفاذ القانون الجديد عملا بالمادة ٢/٢ منه .

وانما إذا سجل مباشر الاجراءات تنبيه بنزع الملكية فى ظل القانون السابق ، ولم يكتمل ميعاد التسعون يوماً المقررة فى المادة ٦٣٠ منه بسبب صدور القانون الجديد ، فان هذا الميعاد لا يجرى بسبب الغائه بنص المادة ٤١٤ من القانون الجديد ، ويجرى من تاريخ العمل به ميعاد السقوط المستحدث عملا بالمادة ١/٤١٤ .

ومن ناحية ثالثة ، إذا سجل مباشر الاجراءات تنبيه نزع الملكية فى ظل القانون السابق ، ثم قام بإيداع قائمة شروط البيع فى ظل القانون السابق

---

(١) أستمد القانون الجديد هذا التعديل من المادة ٨٤٦ من مشروع قانون المرافعات الموحد .

فى خلال التسعين يوماً من تسجيل التنبيه مخالفاً بذلك نص المادة ٦٣٠ فان هذا الايداع يكون باطلا عملا بالمادة ٦٣٤ من القانون السابق ، فاذا نفذ القانون الجديد بعدئذ ، فانه لا يكون قادراً على خلق اجراء تم باطلا فى ظل القانون السابق . ومن تاريخ نفاذ القانون الجديد يسرى الميعاد المقرر فى المادة ١/٤١٤ ليقوم مباشر الاجراءات بتجديد الايداع وفقاً لأحكامه .

١٤ — الجزاءات :

من القواعد الأساسية فى القانون أنه يتعين أن يوقع ذات الجزاء المقرر فى التشريع السارى وقت ارتكاب المخالفة ، وهذا شرط أساسى لتوقيع الجزاء تقتضيه البداهة حتى يكون الخصم على بينة من الجزاء وقت حصول المخالفة ، وحتى لا يوقع عليه جزاء لم يدر بخلده وقت حصولها[1].

وبناء على ما تقدم إذا خالف خصم قانوناً اجرائياً لايرتب أى جزاء على المخالفة ، فلا يجوز أن يوقع عليه جزاء نص عليه تشريع لاحق لحصولها احتراماً لحقوقه المكتسبة ، ولأن القاعدة أن كل إجراء من اجراءات المرافعات تم صحيحاً فى ظل قانون معمول به يبقى صحيحاً ما لم ينص على غير ذلك ، ولأنه لا يجوز أن يوقع على الخصم جزاء لم يدر بخلده وقت حصول المخالفة ، فالقوانين الاجرائية ترسم السبل للمتقاضين ، وتقرر فى ذات الوقت جزاء مخالفة أوامر القانون ونواهيه الأساسية ، ويلزم أن يكون الخصم على بينة من هذا وذاك وقت اتخاذ الاجراءات .

وإذا تمت المخالفة فى ظل تشريع يوجب جزاء معيناً فيجب إعماله ولو صدر تشريع لاحق يلغيه ، وذلك رعاية للحقوق المكتسبة للخصم صاحب المصلحة فى توقيعه ، لأن القاعدة ان كل اجراء يتم باطلا فى ظل قانون معين يظل باطلا ولو صدر قانون جديد واعتبر مثله صحيحاً ، ما لم ينص على غير ذلك ، كما قدمنا . فمثلا إذا صدر قانون جديد ولم يرتب

(١) الطبعة الرابعة من كتاب نظرية الدفوع للدكتور أبوالوفا رقم ٤٢ .

البطلان لافتقار صحيفة المعارضة إلى أسبابها وأعلنت الصحيفة دون ذكر أسباب المعارضة فى ظل قانون يوجب ذكرها وإلا كانت باطلة ، فانها تظل باطلة على الرغم من أن القانون الجديد لا يرتب هذا البطلان ، وذلك ، احتراماً للحقوق المكتسبة للخصم الذى تقرر البطلان لمصلحته ، لأن الحكم — الذى يصدر فى ظل القانون الجديد — انما يقرر حالة قانونية قائمة من وقت اعلان صحيفة المعارضة هى بطلانها .

كذلك يجب الحكم ببطلان الطعن بالنقض إذا لم يوقع التقرير به محام موكل عن الطاعن قبل رفعه وذلك عملا بالمادة السابعة من قانون النقض قبل تعديلها بمقتضى القانون رقم ١٠٦ لسنة ١٩٦٢ ، هذا ولو حصل التمسك بالبطلان أو الحكم به بعد العمل بالقانون المعدل الذى لا يستوجب توكيل المحامى قبل رفع الطعن .

ولقد قضت محكمة النقض فى ٧ نوفمبر ١٩٦٢ (الطعن رقم ٧٥ سنة ٢٩ ق) قضت ببطلان الطعن المرفوع من رئيس مجلس ادارة شركة وعضوها المنتدب وذلك بسبب افتقار الطاعن إلى توكيل خاص بالطعن بالنقض ، ولا يغير من هذا النظر كونه محامياً مقبولا أمام محكمة النقض لأن عبارة المحامى الموكل عن الطالب (فى القانون قبل تعديله بمقتضى القانون رقم ١٠٦ لسنة ١٩٦٢) تقتضى الغيرية بين الطاعن ووكيله الحاصل منه الطعن ، وهو ما لم يتحقق فى صورة هذا النزاع .

كذلك حكم فى ظل القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ بالجزاء المقرر فى المادة ٥٣٨ من القانون السابق متى خالف رافع دعوى الاسترداد الميعاد الذى كان مقرراً لقيدها ، وذلك لأن المخالفة قد تمت فى ظل القانون القديم ، واكتسب الحاجز الحق فى توقيع الجزاء المقرر فى المادة ٥٣٨ ، والأصل أن القانون الجديد لا يعفى الخصم من مخالفة ارتكبها ولا يمس الحق المكتسب للخصم الآخر فى توقيع الجزاء المقرر فى التشريع ، ما لم ينص القانون على ما يخالف ذلك .

كذلك ، ولما كان عدم مراعاة مواعيد الحضور يترتب عليه البطلان فى ظل القانون القديم ، ومن ثم إذا تمت المخالفة فى ظل هذا القانون جاز التمسك بالبطلان ولو فى ظل القانون الجديد الذى لا يجعل تلك المخالفة سبباً فى البطلان .

وإذا نص القانون الجديد على عدم قبول طلب ما . وكان الخصم قد أدلى بالطلب فى ظل قانون يجيز التقدم به فان القانون القديم هو الذى يتعين أن يحترم فى هذا الصدد رعاية لحق الخصم المكتسب ، ولأن القاعدة أن العبرة بوقت ابداء الطلب لمعرفة ما إذا كان مقبولا أو غير مقبول ، اللهم الا إذا كان الأمر يتعلق بالنظام العام (١) . وإذ نص القانون الجديد على جواز قبول طلب ما ، وكان القديم لا يجيزه فلا يقبل الطلب الذى أدلى به الخصم فى ظل القانون القديم ما لم ينص على غير ذلك . أو كان الأمر متعلقاً بالنظام العام .

وإذا كان القانون القديم يجيز للمدعى عليه فى الطعن بالنقض أن يتمسك فى مذكرته بالدفوع التى سبق ابداؤها أمام محكمة الموضوع وقضت برفضها ثم صدر قانون جديد يلغى هذه الرخصة فان هذا القانون الجديد لا يسرى على الطعون التى رفعت قبل العمل بالقانون الجديد لأن تلك الرخصة تعتبر من قبيل الطعن الفرعى (٢) .

وإذا تمت المخالفة فى ظل تشريع يوجب جزاء معيناً فيجب إعمال هذا الجزاء ولو صدر تشريع لا حق يشدده أو يخففه ، وذلك رعاية للحقوق المكتسبة لهذا الخصم أو ذاك بحسب الأحوال ، وحتى لا يوقع على الخصم جزاء لم يتوقعه ولم يدر بخلده وقت حصول المخالفة .

---

(١) راجع نقض ٢٨ أبريل ١٨٥٥ المحاماه ٣٦ ص ٩٨٤ — فقد اعتبر الغاء التصدى من النظام العام ، ولا يجوز ولو أدلى الخصم بطلب التصدى للموضوع فى ظل القانون القديم الذى كان يجيز تصدى محكمة الدرجة الثانية للموضوع فى أحوال معينة .

(٢) راجع نقض ٨ أبريل ١٩٦٥ السنة ١٢ ص ٤٨٧ .

فمثلا إذا كان الجزاء هو غرامة توقع على خصم ، ثم صدر تشريع لا حق يزيد هذه الغرامة أو يخفف منها ، فمن الواجب توقيع الغرامة المنصوص عليها فى التشريع القائم وقت المخالفة . ولا يعمل بالتشريع السارى وقت توقيع الجزاء .

والجدير بالذكر فى هذا الموضوع انه إذا رفعت دعوى إلى محكمة غير مختصة اختصاصاً نوعياً أو محلياً ، ثم صدر تشريع يجعل المحكمة مختصة بمثل هذه الدعوى . وكان صدوره قبل التمسك بعدم الاختصاص وقبل الحكم بالفعل بعدم الاختصاص . فان القانون الجديد وحده الواجب التطبيق ولو لم يكن الاختصاص من النظام العام ، وذلك لأنه ليس من العدالة أن يتحمل المدعى مصاريف دعوى جديدة يجوز له أن يرفعها أمام نفس المحكمة وفى نفس الوقت الذى تقضى فيه بعدم اختصاصها بنظر الدعوى القائمة أمامها . ولأن القاعدة التى تقرر أن العبرة بوقت رفع الدعوى لمعرفة ما إذا كانت المحكمة مختصة بها محلياً أو غير مختصة ، هذه القاعدة مقررة لمصلحة المدعى حتى لا يضار من تأخير الاجراءات أو من العوامل التى قد تؤثر فى مدى اختصاص المحكمة بنظر الدعوى. وعلى هذا الاعتبار يجب ألا يضار المدعى من تلك القاعدة التى هى مقررة فى الأصل لحمايته فلا يحتج بها عليه .

انما إذا أصبحت المحكمة غير مختصة اختصاصاً نوعياً أو محلياً نظراً لصدور قانون جديد ، فمن الواجب إعمال الفقرة الأولى من المادة الأولى من قانون المرافعات . فاذا رفعت دعوى إلى محكمة مختصة من جميع الوجوه ثم صدر تشريع – قبل قفل باب المرافعة فيها – يجعل المحكمة غير مختصة بنظرها ، اختصاصاً متعلقاً بالنظام العام أو غير متعلق به ، وجب إعمال هذا التشريع ، ووجب على المحكمة أن تحكم بعدم اختصاصها عملا بالمادة

الأولى (١) ، إما من تلقاء نفسها إذا كان عدم الاختصاص من النظام العام أو بناء على تمسك المدعى بعدم اختصاصها إذا كان غير متعلق به بشرط أن يبدى الدفع قبل تكلمه فى الموضوع ، ولا يعتد فى هذا الصدد الا بمساس الموضوع الذى يتم بعد العمل بالقانون الجديد .

١٥ — الجزاءات المقررة للمصلحة العامة أو لصالح الخزينة العامة :

القاعدة ، فى هذا الصدد ، هى إعمال الجزاء الأخف من بين ما نص عليه القانون القديم الذى تمت المخالفة فى ظله والقانون الجديد الذى يوقع الجزاء بعد سريانه : فاذا شدد القانون الجديد الجزاء ، وجب إعمال ذلك الذى توقعه الخصم وقت اتخاذ الاجراء المخالف ، أى الأخف ، هذا ولو كان الجزاء مما يوجبه النظام العام ، وإذا خففه القانون الجديد وجب سريانه حتى لا يحكم على خصم بجزاء لم يجد المشرع ضرورة له أو رأى أن المصلحة العامة تقتضى تخفيفه .

ولما كان الجزاء يوقع — فى الأحوال المتقدمة — لصالح المجتمع وليس لمصلحة خصم فى الدعوى فلا يوجد ثمة حق مكتسب تجدر حمايته .

ويعمل بالقاعدة المتقدمة سواء خفف القانون الجديد الجزاء ، أم شدده أو استحدث جزاء لم يكن قائماً فى التشريع ، أم قام بالغائه . وفى الحالة الأولى والثانية يطبق الأخف ، وفى الحالة الثالثة لا يعمل بالجزاء المستحدث بالنسبة لما تم من الاجراءات فى ظل القانون القديم ، وفى الحالة الرابعة يعفى الخصم من توقيع الجزاء عليه . فمثلا كان قانون المرافعات القديم ينص على توقيع غرامة على مدعى التزوير فى أحوال معينة مقدارها هو عشرون جنيهاً ، ورفعها القانون الجديد إلى خمسة وعشرين جنيهاً ، فاذا كان مدعى التزوير قد تمسك به وقت سريان القانون القديم وجب

---

(١) ولا يسرى القانون الجديد الذى يغير قواعد الاختصاص المحلى إذا كان الخصوم قد اتفقوا على اختصاص محكمة ما ، لأن قواعد الاختصاص المحلى لاتتعلق بالنظام العام فيسرى اتفاق الخصوم أيا كانت المحكمة المختصة أصلا ، ما لم ينص القانون على ما يخالف ذلك (جلاسون ١ رقم ٦ ص١٢).

أن يعامل على أساسه ولو حكم عليه فى ظل القانون الجديد . وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كان الحكم إذ قضى برفض دعوى التزوير قد صدر بعد العمل بقانون المرافعات الجديد مما يستتبع تطبيقه على الدعوى عملا بالمادة الأولى منه الا أن الغرامة التى يحكم بها انما هى اجراء يوجب القانون توقيعه على مدعى التزوير عند سقوط حقه فى دعواه أو عجزه عن اثباتها ، والقضاء بهذه الغرامة يكون وفقاً للقانون الذى كان سارياً — وقت التقرير بالطعن — فإذا كان مدعى التزوير قد قرر طعنه بالتزوير وقت سريان قانون المرافعات القديم الذى كانت تنص المادة ٢٩١ منه على أن مقدار الغرامة هو عشرون جنيهاً بينما رفعها القانون الجديد إلى خمسة وعشرين جنيهاً ، وكان الحكم قد ألزم مدعى التزوير بغرامة مقدارها ٢٥ جنيهاً تطبيقاً للقانون الجديد فانه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون ، وبالرغم من أن المحكوم عليه لم يتمسك فى طعنه بهذا الدفاع الا أن لمحكمة النقض أن تثيره ولو من تلقاء نفسها على اعتبار أن القانون الذى يحدد هذه الغرامة كجزاء يعتبر من النظام العام[1].

ونحن إذا كنا نسلم بالنتيجة التى انتهت اليها محكمة النقض — فى خصوص القضية المطروحة — الا أننا نخالفها من حيث تبرير القضاء الصادر منها ، إذ يجب أن تكون القاعدة — كما قدمنا — هى إعمال الجزاء الأخف بالنسبة إلى الخصم . وإذا استحدث القانون الجديد جزاء فلا يوقع على من اتخذ اجراء فى ظل القانون القديم ولو كان المطلوب توقيع الجزاء فى ظل القانون الجديد ، كمن هو الحال بالنسبة لمن يرفع دعوى استرداد منقولات محجوزة فى ظل القانون القديم الذى لم يرتب جزاء عند رفضها ، هذا ولو صدر عليه الحكم فى ظل القانون الجديد الذى أجاز توقيع الغرامة على من يحكم عليه برفض هذه الدعوى .

وإذا كان القانون القديم يوجب غرامة عند الحكم بعدم قبول طلب

---

(١) نقض ١٣ يناير ١٩٥٥ المحاماه ٣٦ ص ٣٦٦ ونقض ٢٨ أبريل ١٩٥٥ المحاماه ٣٦ ص ١٩٨٦ .

معين أو عند رفضه ، ونص القانون الجديد على الغائها ، فان الخصم يعفى من الحكم عليه بالغرامة ولو كان قد أدلى بالطلب المتقدم فى ظل القانون القديم .

وجدير بالإشارة أنه إذا كانت القاعدة فى القانون الجنائى هى إعمال النص الأصلح للمتهم ، فعلى سبيل القياس يتعين — فى المواد المدنية — إعمال الجزاء الأخف — حتى لا يوقع على الخصم جزاء لم يدر بخلده وقت اتخاذ الاجراء المخالف ، أو حتى لا يوقع عليه جزاء لم يجد المشرع ضرورة للابقاء عليه . والقياس المتقدم لا شبهة فيه لأن الجزاء يوقع فى الحالتين لصالح المجتمع ، وليس لمصلحة خصم فى الدعوى .

١٦ — مصادرة الكفالة فى الطعن بالنقض :

كانت المادة ٤٤٦ من القانون السابق تنص على أنه إذا حكمت محكمة النقض بعدم قبول الطعن أو برفضه حكمت على رافعه بالمصاريف وجاز لها أن تحكم بمصادرة الكفالة كلها أو بعضها .

وجاءت المادة ٤٣٢ (معدلة بالقانون رقم ٤٠١ لسنة ١٩٥٥) تنص على أنه فى حالة الحكم برفض الطعن تحكم المحكمة بالزام الطاعن بمصروفات الطعن وتصادر الكفالة حتما . (راجع أيضاً المادة ١٠ من قانون النقض السابق).

وكانت المادة الخامسة من القانون رقم ٤٠١ لسنة ١٩٥٥ تنص على عدم سريانه على الطعون التى عين فيها المستشار المقرر قبل تاريخ العمل به . أما الطعون التى قدمت قبل تاريخ العمل به ولم يعين فيها المستشار المقرر فتستمر اجراءاتها وفق المواد من ٤٣١ إلى ٤٣٨ فقرة أولى قبل التعديل الذى استحدثه هذا القانون ، وبعد أن تودع النيابة العامة مذكرة بأقوالها يعين رئيس المحكمة أحد أعضاء دائرة فحص الطعون مقرراً ، وإذا رأت هذه الدائرة أن الطعن جدير بالعرض على دائرة المواد المدنية والتجارية ومسائل الأحوال الشخصية قررت احالته اليها لجلسة تحددها دائرة فحص الطعون

ويخبر بها قلم الكتاب الخصوم بكتاب موصى عليه قبل الجلسة المحددة بخمسة عشر يوماً على الأقل .

ويستشف من المادة المتقدمة أن الطعون التى تقدم قبل تاريخ العمل بالقانون الجديد ولم يعين فيها المستشار المقرر يستمر السير فيها وفق القانون القديم ، ولكنها تعرض على دائرة فحص الطعون لتفصل فيها ، عملا بالقواعد المستحدثة بالرفض أو بالبطلان أو بعدم القبول أو بالإحالة إلى دائرة المواد المدنية والتجارية ومسائل الأحوال الشخصية ، ومعنى هذا أن القانون الجديد يلزم دائرة فحص الطعون بمصادرة الكفالة حتما متى قضت برفض الطعن ولو كان مرفوعاً فى ظل القانون القديم الذى كانت فيه مصادرة الكفالة جوازية للمحكمة . وإذا كانت هذه هى ارادة المشرع فى هذا الصدد فمن الواجب إعمالها ، ولو مست حقاً مكتسباً للطاعن ، بوجوب إعمال الجزاء الأخف المقرر فى التشريع الذى كان سارياً وقت التقرير بالطعن .

وقد يتجه الخاطر إلى أن المقصود من المادة الخامسة المتقدمة هو مجرد مراعاة شكليات القانون الجديد — فيما يلزم احترامه بصددها — دون أن يقصد المشرع المساس بحق الطاعن المكتسب فيسرى عليه الجزاء الأخف المقرر فى التشريع السورى وقت التقرير بالطعن .

والجدير بالاشارة فى هذا الصدد أن المادة ٤٤٦ قد تم تعديلها بمقتضى القانون رقم ٣٠٦ لسنة ١٩٥٦ وأصبحت مصادرة الكفالة وجوبية ، وبذا اتسق نصها مع نص المادة ٤٣٢ (معدلة بالقانون رقم ٤٠١ لسنة ١٩٥٥) .

هذا مع ملاحظة أن قانون النقض (رقم ٥٧ لسنة ١٩٥٩) قد أوجب مصادرة الكفالة فى كل من الحالتين المقررتين فى المادة ١٠ و ٢٥ منه . وجاءت المادة ٢٧٠ من قانون المرافعات الجديد تقرر أنه إذا قضت محكمة النقض بعدم قبول الطعن أو برفضه أو بعدم جواز نظره حكمت على رافعه بالمصاريف فضلا عن مصادرة الكفالة كلها أو بعضها . ويعمل فى هذا الصدد بما قلناه فى الفقرة السابقة فى صدد تطبيق الجزاء الأخف .

١٧ – الغرامات المقررة لصالح الخزينة العامة مع جواز منحها كلها أو بعضها لخصم على سبيل التعويض :

يدق الأمر إذا قرر المشرع توقيع الغرامة لصالح الخزينة العامة ، ونص فى ذات الوقت على جواز منحها كلها أو بعضها لصالح خصم فى الدعوى ، على سبيل التعويض . ومثال ذلك الغرامة المقررة فى المادة ١٣٥ من القانون السابق ، وتلك المنصوص عليها فى المادة ٥٦٥ منه . يتعين فى الأحوال المتقدمة إعمال القواعد الخاصة بالجزاءات المقرر للمصلحة العامة ، لأن الخصم الذى أجاز المشرع منحه كل الغرامة أو بعضها على سبيل التعويض هذا الخصم يستمد حقه من الغرامة ؛ وهذه تحددها أولا – وبصفة أساسية – اعتبارات متعلقة بالنظام العام .

وعلى أى حال فان حقه فى التعويض من الغرامة هو مجرد أمل من جانبه ، وهو خيار للمحكمة لا يتحقق الا بعد الحكم بالغرامة لصالح الخزينة العامة ، فلا يتحقق ثمة أمل للخصم الا بعد هذا الحكم .

وإذن ، إذا صدر تشريع جديد – يجيز للمحكمة – عند الحكم بعدم اختصاصها وبالإحالة – ان تحكم على المدعى بغرامة لا تتجاوز خمس عشرة جنيهاً – بدلا من عشرة جنيهات – ويجيز للمحكمة أن تمنح الخصم الآخر كل هذه الغرامة أو بعضها على سبيل التعويض . أو صدر تشريع جديد يجعل هذه الغرامة خمسة جنيهات . أو يلغيها ولا يبقى عليها ، وجب أن يعامل المدعى – الذى رفع الدعوى فى ظل القانون القديم – بالجزاء الأخف – ففى هذه الحالة الأولى يجب الا تتجاوز الغرامة عشرة جنيهات ، وفى الحالة الثانية خمسة ، ويعفى من الجزاء فى الحالة الثالثة ، ويبقى للمدعى عليه فى جميع الأحوال حق المطالبة بالتعويض الذى يراه – عملا بالقواعد العامة المقررة فى قانون المرافعات عند التعسف فى اتخاذ الاجراءات .

وجدير بالاشارة ان المادة ١١٠ من قانون المرافعات الجديد قد ألغت النص الذى كان مقرراً فى المادة ١٣٥ من القانون السابق والذى كان يجيز

منح الغرامة كلها أو بعضها للخصم الآخر على سبيل التعويض . وبداهة إذا رفعت الدعوى إلى محكمة غير مختصة فى ظل القانون السابق جاز ولو بعد العمل بالقانون الجديد إعمال الجزاء المقرر فى المادة ١٣٥ من القانون السابق بأن تمنح ذات الغرامة كلها أو بعضها للمدعى عليه ، وبداهة لا يمنع هذا من الحكم له بالتعويض طبقاً لقواعد المسئولية المدنية على تقدير أن خصمه قد قصد الكيد فى رفع الدعوى إلى محكمة غير مختصة انما إذا رفعت الدعوى إلى محكمة غير مختصة فى ظل القانون الجديد وحكم بالغرامة فانه لا يجوز منحها ذاتها إلى المدعى عليه(١).

١٨ — تنازع القوانين المتصلة بالتمسك بالجزاء :

التمسك بالجزاء يكون إما على صورة دفع يبدى قبل التكلم فى الموضوع أو فى أية حالة تكون عليها الاجراءات . وإما أن يكون بالتخلف عن الحضور بحسب الأحوال ، وإما أن يكون على صورة دعوى أصلية أو طعن فى حكم .

ويدق أمر تعاقب القوانين إذا كان التمسك بالجزاء على صورة دفع أو تخلف عن الحضور . فاذا كان القانون القديم يوجب التمسك بالجزاء على صورة دفع شكلى قبل التكلم فى الموضوع وأجاز القانون الجديد التمسك بهذا الجزاء فى أية حالة تكون عليها الاجراءات . وجبت التفرقة بين ما إذا كان الخصم قد أسقط حقه فى التمسك بالجزاء قبل العمل بالقانون الجديد أو لم يسقطه ، فاذا تكلم فى الموضوع فى ظل القانون القديم مما أسقط حقه فى التمسك بالجزاء ، فان هذا الحق لا يبعث من جديد بسبب صدور القانون الجديد على الرغم من أنه أجاز التمسك بالجزاء فى أية حالة تكون عليها الاجراءات .

ويراعى كل ما تقدم ولو نص القانون الجديد على جعل الجزاء من النظام العام ويلاحظ أنه من الدفوع ما يجوز ابداؤه فى أية حالة تكون عليها الدعوى

---

(١) راجع كتاب التعليق على نصوص قانون المرافعات الجديد للدكتور أبو الوفا عن المادة ١١٠ ص ٢٩٨ رقم (٤) .

ولو أنه غير متعلق بالنظام العام ، كالدفع بعدم قبول الدعوى ، وإذن إذا كان القانون يوجب التمسك بالجزاء قبل التكلم فى الموضوع ، وأسقط الخصم حقه بتكلمه فى الموضوع ، ولم يكتف القانون الجديد بإجازة التمسك به فى أية حالة تكون عليها الدعوى وانما جعل احترام الجزاء من الأمور التى يوجبها النظام العام ، فان حق الخصم فى التمسك بالجزاء لا يبعث من جديد بسبب صدور القانون الجديد ، لأن مجرد سقوط الحق فى التمسك بالجزاء يودى فى ذاته إلى تصحيح الاجراء المشوب ويزيل كل ما اعتوره من بطلان فيصبح صحيحاً سليما . والقانون الجديد لا يملك المساس باجراء تم صحيحاً فى ظل قانون آخر ، أو أصبح صحيحاً بمقتضاه ، وذلك عملا بالمادة الثانية من قانون المرافعات . فمثلا إذا نص قانون جديد على اجازة التمسك ببطلان صحيفة افتتاح الدعوى فى أية حالة تكون عليها ، وجعل هذه القاعدة من النظام العام ، وكان المدعى عليه قد أسقط حقه فى التمسك بالبطلان قبل العمل بالقانون الجديد ، فان هذا الحق لا يبعث من جديد لصدور القانون المتقدم ، لأن مجرد اسقاط الحق فى التمسك بالجزاء يصحح الاجراء الباطل .

وإذا نص قانون جديد على جعل الاختصاص المحلى من النظام العام مثلا ، وكان الخصم قد أسقط حقه فى التمسك بعدم اختصاص المحكمة اختصاصاً محلياً بتكلمه فى الموضوع فى ظل القانون القديم ، فان حقه فى التمسك بعدم الاختصاص لا يبعث من جديد بسبب صدور القانون المتقدم وانما يتعلق الأمر بحق مكتسب للمدعى يتصادم مع اعتبارات من النظام العام فترجح الأخيرة . ذلك لأن المادة الأولى من قانون المرافعات تقتضى ، عند صدور قانون جديد بنقل الاختصاص من محكمة إلى أخرى ، تقتضى الحكم بعدم اختصاص المحكمة القائمة أمامها الدعوى واحالتها إلى المحكمة التى أصبحت مختصة عملا بنصوصه ، وعلى ذلك ، الدعوى التى رفعت فى ظل قانون قديم إلى محكمة غير مختصة محلياً ، ثم أصبحت مختصة لعدم الاعتراض

على اختصاصها فى الوقت المناسب ، يتعين احالتها إلى المحكمة المختصة أصلا بها ، وذلك احتراماً للقانون الجديد الذى اعتبر الاختصاص المحلى من النظام العام أى الذى يوجب أن يفصل فى الدعوى ذات المحكمة المختصة أصلا بها . وإذا تحقق فى الفرض المتقدم صدور القانون الجديد بعد قفل باب المرافعة فى الدعوى ، فانها تظل قائمة أمام المحكمة ، ولا يعتد بالقانون الجديد الذى جعل الاختصاص المحلى من النظام العام . وهذا يؤكد ما قلناه من أن القانون الجديد لا يخلق حقاً جديداً فى التمسك بالجزاء ، وما يقتضى احالة الدعوى فى الأحوال المتقدمة هو نص المادة الأولى من قانون المرافعات .

ويلاحظ أخيراً ، أنه لا يعتد بأى حق مكتسب للمدعى فى أن تنظر دعواه المحكمة التى رفع اليها النزاع أو تلك التى أصبحت مختصة لعدم الاعتراض عليها فى الوقت المناسب ، وذلك عملا بالمادة الأولى من قانون المرافعات(1).

وإذا لم يسقط حق الخصم فى التمسك بالجزاء – فى ظل القانون القديم – بعدم تكلمه فى الموضوع ، فان حقه هذا لا يسقط بالتكلم فى الموضوع فى ظل القانون الجديد عملا بنصوصه .

وإذا سقطت الخصومة بانقضاء ثلاث سنوات فى ظل القانون القديم (الصادر سنة ١٨٨٣) أو انقضت مدتها فى ظل القانون السابق فان المدعى عليه يكون له التمسك بالسقوط على صورة الدفع عملا بالمادة ٣٠٣ من القانون السابق (م ١٣٦ من القانون الجديد) ولو كان المدعى قد بادر بتعجيلها بعد انقضاء المدة وقبل التمسك بالسقوط هذا على الرغم من أن القانون القديم يجيز التعجيل ويمنع السقوط ما دام قد حصل التعجيل قبل التمسك بالسقوط(2).

---

(1) قارن جلاسون ١ رقم ٦ ص ١٣ – وهو يرى أن مجرد رفع الدعوى إلى محكمة ما مختصه يمنح المدعى حقاً مكتسباً فى أن تنظر هذه المحكمة دعواه ولايعتد بصدور قانون جديد يغير الاختصاص ولو كان الاختصاص من النظام العام . وقارن أيضاً – أوبرى ورو ١ ص ١٠٥ واستئناف باريس ٤ ديسمبر ١٩٢٢ سيرى ١٩٢٣ – ٢ – ٣٩ .
ولا يعتد فى مصر باتجاه الرأى المتقدم لصراحة نص المادة الأولى من قانون المرافعات .

(2) قضت بهذا محكمة النقض فى ٢٣ مايو ١٩٦٣ السنة ١٤ ص ٧٠٣ .

وإذا كان القانون القديم يجيز التمسك بالجزاء على صورة دفع شكلى فى أية حالة تكون عليها الاجراءات ، وأوجب القانون الجديد التمسك به قبل التكلم فى الموضوع ، فان حق الخصم فى التمسك بهذا الجزاء لا يسقط الا بالتكلم فى الموضوع الذى يتم بعد العمل بالقانون الجديد ، ولا يعتد فى هذا الصدد ، بسبق مساسه بالموضوع إذا كان قد تم قبل العمل به .

ويعمل بالقواعد المتقدمة سواء بالنسبة إلى الدفع بعدم الاختصاص أم الدفع بالإحالة أم الدفع ببطلان أوراق التكليف بالحضور ، كما يعمل بها بالنسبة إلى التمسك ببطلان أى اجراء من اجراءات الخصومة . وإذا أوجب القانون الجديد على المدعى عليه أن يتمسك قبل التكلم فى الموضوع بجميع الدفوع الشكلية والا سقط الحق فيما لم يبد منها ، وجب عليه مراعاة ذلك ولو كانت الدعوى مرفوعة فى ظل قانون سابق يحدد ترتيبا بين الدفوع الشكلية (راجع القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ بصدد المادة ١٣٢ من القانون السابق — م ١٠٨ من القانون الجديد) .

وتطبق المادة ٩٥ مكرراً مضافة بمقتضى القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ التى توجب على المحكمة تأجيل القضية إذا تبينت بطلان تكليف المدعى عليه بالحضور (١) ولو كان قد حصل تكليف الخصم بالحضور تكليفاً باطلا فى ظل القانون القديم ، ولا يحكم ببطلان صحيفة الدعوى على النحو الذى قررته الفقرة الأخيرة من المادة ٩٥ الملغاة ، لأن النص المستحدث يفترض بطلان الصحيفة بالفعل ومع ذلك يوجب التصحيح بإعادة الاعلان . واذن فهذا النص المستحدث من النصوص الآمرة التى توجب التصحيح على المحكمة من تلقاء نفسها ، ثم أن الأثر الفورى للقانون الجديد يقتضى حتما العمل به ، ولو عن دعاوى رفعت فى ظل القانون السابق عليه .

وبعبارة أخرى . المادة ٩٥ مكرراً المستحدثة لا تتصل بجزاء يتعلق به حق الخصم — وانما — مع التسليم بوجود الجزاء — توجب تصحيح المخالفة بإعادة الاعلان (راجع المادة ٨٥ من قانون المرافعات الجديد).

---

(١) المادة ٨٥ من قانون المرافعات الجديد .

كذلك إذا اتخذ اجراء باطل فى ظل القانون القديم ، جاز تصحيحه فى ظل القانون الجديد ولو حصل التمسك ببطلانه وذلك عملا بالمادة ٢/٢٥ من القانون السابق والمادة ٢٣ من القانون الجديد . لأن هذه المادة قد قصد بها التيسير على المتقاضين وتحقيق سير العدالة فى يسر وبغير عنت ، وهذه أمور تتصل بالنظام العام . هذا فضلا عن أن الفقه فى ظل القانون القديم كان يجيز تصحيح الاجراء الباطل بالتكملة (١) .

وإذا كان حضور الخصم يسقط الحق فى التمسك بالجزاء ، ونص القانون الجديد على أن هذا الحضور لا يسقط حق الخصم ، وجبت التفرقة بين ما إذا كان قد أسقط حقه قبل العمل بالقانون الجديد أم لم يسقطه ، فاذا كان قد حضر قبل العمل بالقانون الجديد مما اسقط حقه فان هذا الحق لا يبعث من جديد بسبب صدور القانون الجديد . على الرغم من أنه لا يجعل الحضور مسقطاً لحق الخصم فى التمسك بالجزاء . وإذا لم يسقط الخصم حقه — فى ظل القانون القديم — بتخلفه عن الحضور . فان حضوره فى ظل القانون الجديد لا يسقط حقه عملا بنصوصه .

وإذا كان القانون القديم يجيز التمسك بالجزاء على صورة دفع شكلى ونص القانون الجديد على سقوط حق الخصم بحضوره ، فان هذا الحق لا يسقط بمجرد الحضور الذى يتم فى ظل القانون القديم ، وانما يسقط بحضوره بعد العمل بالقانون الجديد . وإذا كان الخصم قد أسقط حقه فى التمسك بالجزاء قبل العمل بالقانون الجديد فان تخلفه عن الحضور بعد العمل به غير مجد لأنه لا يخلق له حقاً جديداً فى التمسك بالجزاء (٢) .

وبعبارة مختصرة ، متى سقط حق التمسك فى ظل قانون ما ، فان

---

(١) أنظر كتاب التعليق على نصوص قانون المرافعات الجزء الأول عن المادة ٢٥ . وكتاب التعليق على نصوص قانون المرافعات الجديد ١ عن المادة ٢٣ .

(٢) فكل ماينتج من التخلف عن الحضور هو حماية حق قائم فى التمسك بالجزاء .

الوضع لا يتغير ، ولو جاء قانون جديد مبطلا القاعدة القديمة التى كان من شأنها إسقاط الحق . وإذا بقى حق التمسك بجزاء فى ظل قانون ما ، فان الوضع لا يتغير ولو جاء قانون جديد مبطلا القاعدة القديمة التى كان من شأنها الابقاء على الحق ، ولا يسقط هذا الحق الا بإجراء أو عمل يتم فى ظل القانون الجديد .

الفرع الثانى

سريان القانون القديم على بعض المراكز الاجرائية غير المكتملة

١٩ — حصر المستثنيات المقررة فى المادة الأولى من قانون المرافعات :

رأينا — فى الفرع المتقدم — أن الأوضاع الاجرائية المكتملة فى ظل القانون القديم لا يمتد اليها أثر القانون الجديد تطبيقاً لمبدأ عدم رجعية القانون الجديد وتمشياً مع العدل والمنطق ، ورأينا أن هذه الحالات قد حصرها صدر المادة الأولى من قانون المرافعات الجديد والسابق(١) فى حالتين :

١ — الدعاوى التى فصل فيها .

٢ — والاجراءات التى تمت .

وقد حاولنا فى الفرع المتقدم تحديد الأوضاع الاجرائية التى تعتبر مكتملة إذا تمت فى ظل قانون معين والتى لا يمتد اليها أثر أى قانون جديد الا بنص خاص .

ونضيف أن بعض المراكز الاجرائية غير المكتملة فى ظل القانون القديم قد رآها المشرع جديرة بالحماية رعاية لحقوق الخصوم أو تحقيقاً لحسن سير العدالة . وهذه الحالات قد حصرتها المادة الأولى فى ثلاثة .

وفى هذا تقول المذكرة التفسيرية للقانون السابق « والقاعدة فى سريان قوانين المرافعات على الدعاوى القائمة هى من الأحوال المسلمة إذ أن القوانين

---

(١) تتطابق المادتان كما قدمنا .

المنظمة لأصول التداعى والترافع والحكم وطرق الطعن والتنفيذ والتحفظ هى فى عمومها قوانين منظمة لمراكز قانونية خاضعة بطبيعتها للتعديل والتغيير من جانب المشرع ، دون أن يرى عمله برجعية الأثر . ولكن النص (نص المادة الأولى) قد أخرج من هذه القاعدة العامة بعض مستثنيات رعاية لحقوق ثبتت أو لمصالح رأتها اللجنة جديرة بالاستثناء . فاستثنيت الدعاوى التى حكم فى موضوعها والاجراءات التى تمت فى ظل قانون معين فهذه لا تمتد اليها طائلة القانون الجديد الا بنص خاص . كذلك استثنى من القاعدة القوانين المعدلة للاختصاص .. والمعدلة للمواعيد .. والمنظمة لطرق الطعن» ؛

وواضح أن المستثنيات التى جاءت فى صدر المادة الأولى تختلف فى مبناها القانونى عن تلك التى جاءت فى صلب المادة . فالأولى تتصل بأوضاع اجرائية مكتملة بينما الثانية تتعلق بمراكز غير مكتملة .

والاستثناءات المتقدمة قد وردت فى المادة الأولى على سبيل الحصر ، وليس على سبيل المثال . وحكمة النص أن قوانين المرافعات قلما تمس الحقوق المكتسبة ، وهى ان مستها فكثيراً ما تفضل عليها اعتبارات النظام العام التى تبرر النصوص الجديدة والتى لا يقصد منها فى الواقع الا تحقيق حسن سير العدالة .

ويجب أن يكون واضحاً فى ذهن القاضى أن المشرع لم يشأ أن يترك أمر تحديد الحق المكتسب فى المواد الأجرائية لمطلق تقديره خشية الافراط فى تحديد الحالات التى تستبعد من نطاق إعمال القانون الجديد فلا يتحقق مقصود المشرع من نصوصه الآمرة وانما حدد المشرع على سبيل الحصر الحالات التى يمس فيها القانون الاجرائى المراكز الثابتة للخصوم ، وفيها لا يطبق القانون الجديد ، كما سنرى ، وفى غيرها يسرى هذا القانون ولو مس مركزاً ثابتاً للخصوم .

٢٠ – القوانين المعدلة للاختصاص متى كان تاريخ العمل بها بعد اقفال باب المرافعة فى الدعوى :

تقول المذكرة التفسيرية: «... كذلك استثنى من القاعدة القوانين المعدلة للاختصاص ، وذلك بالنسبة للدعاوى التى تمت المرافعة فيها وحجزت للحكم قبل تاريخ العمل بالقانون الجديد . والمراد بالقوانين المعدلة للاختصاص القوانين التى تغير الاختصاص النوعى أو المحلى دون أن تلغى محكمة أو تزيل جهة قضاء ، فان هذا الالغاء يحدث أثره حتما بمجرد نفاذ القانون الذى صدر وتنتقل الدعاوى التى كانت قائمة أمام المحكمة الملغاة إلى جهة القضاء التى عينها القانون ما لم ينص القانون على غير ذلك . وقد رأت اللجنة أنه أقرب إلى السداد والقصد الا تنزع الدعاوى التى حجزت للحكم من المحكمة التى أتت تحقيقها وسمعت المرافعة فيها ، مقدرة ان الدعوى بعد أن تبلغ هذا المبلغ من الاستواء للحكم تصبح مصلحة الخصوم فى عدم انتزاعها فى مرتبة الحق الذى لا يصح المساس به الا بنص خاص . هذا إلى أن أثر القانون الجديد المعدل للاختصاص على الدعاوى القائمة لم ينقطع شأنه الخلاف فى النظر العلمى حتى بين الفقهاء المتفقين على طبيعة قوانين الاختصاص وانها من القوانين المنظمة لمراكز قانونية (ديجى شرح القانون الدستورى ٢ ص ٢١٢ و ٢١٣ . جيز مجلة القانون العام ١٩١٣ ص ٩١ وما بعدها) .

وفيما يلى دراسة تفصيلية للفقرة الأولى من المادة الأولى من قانون المرافعات

١ – إذا صدر قانون يمنع كل جهات القضاء من نظر دعوى معينة فان مثل هذا القانون ينفذ فوراً [١] ولو كان صادراً بعد اقفال باب المرافعة فى الدعوى وقبل صدور الحكم فيها ، وهنا يطبق صدر المادة الأولى من قانون المرافعات ولا تطبق الفقرة الأولى من المستثنيات ، وذلك لأن هذه الفقرة لا يعمل بها الا حيث ينتقل الاختصاص من محكمة إلى أخرى . ويلاحظ أن مثل القانون المتقدم يمس أصل الحقوق المكتسبة للخصوم ويمس فى ذات

(١) سوليس وبيرو رقم ٢٤ ص ٢٨ .

الوقت النظام القضائى وهو من النظام العام ، ولهذا يتعين إعماله ولو بعد قفل باب المرافعة (١) . وفى الحالة المتقدمة تملك المحكمة الحكم بعدم الاختصاص اعتباراً بأن الدعوى المتقدمة لم تعد من اختصاصها ، كما تملك الحكم بعدم قبول الدعوى اعتباراً بأن رافعها لم تعد لديه سلطة فى الالتجاء إلى القضاء ، فالقانون قد حرمه من هذه الوسيلة لحماية حقه .

٢ — إذا نص قانون جديد على منع الجهات القضائية من نظر دعوى معينة ومنح الاختصاص بصددها لجهة ادارية أو هيئة خاصة فانه يحدد عادة — فى أحكامه الوقتيه — وسيلة إحالة الدعاوى من الجهة القضائية إلى تلك الهيئة الخاصة .. الخ . والعكس صحيح ، بمعنى انه إذا الغى المشرع اختصاص هيئة خاصة أو جهة ادارية ومنحه للمحاكم فإنه يحدد أيضاً وسيلة إحالة القضايا من الجهة الادارية إلى المحاكم (أنظر على سبيل المثال المادة ٤٢ من قانون ايجار الأماكن الجديدة الصادر سنة ١٩٦٩ ، وهى تنص على أنه على مجالس المراجعة المنصوص عليها فى القانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٦٢ أن تحيل التظلمات المعروضة عليها عند العمل بأحكام هذا القانون إلى المحاكم الابتدائية الكائن فى دائرتها العقار . وذلك بغير رسوم . وبالحالة التى تكون عليها) (٢) .

وجدير بالاشارة فى هذا المقام أن بعض مجالس المراجعة لم يتنبه إلى

---

(١) راجع ماقلناه فى الفقرة الثالثة وقارن حكم المحكمة العليا فى أول ديسمبر ١٩٥٦ مجموعة أحكام المحكمة العليا السنة الثانية العدد الأول ص ١٢٢ . وقد حكم بأنه إذا جاوز القانون الجديد نطاق توزيع الاختصاص بين جهات القضاء المختلفة فألغى حقاً كان مقرراً ، وزالت الدعوى التى كان رفعها على أساسه ، فانه يغدو من القوانين الموضوعية التى لايجوز العمل بها بأثر رجعى ، مالم ينص فيها على غير ذلك ، طبقاً للمبدأ الذى قرره الدستور من عدم جواز العمل بالقوانين بأثر رجعى إلا بنص صريح على ذلك . (حكم محكمة القضاء الادارى فى ٢٦ مارس ١٩٥٧ السنة ١١ ص٣١٥).

(٢) إذا كان قد طعن قبل العمل بقانون الايجار الجديد فى قرار مجلس المراجعة أمام محكمة القضاء الادارى بناء على حكم المادة ١١ من قانون مجلس الدولة (رقم ٥٥ لسنة ١٩٥٩) ، فانه يتعين عليها احالة الطعن إلى المحكمة الابتدائية إذا قضت بانعدام قرار مجلس المراجعةلأى سبب من الأسباب التى تؤدى إلى انعدامه .

هذاالقانونالجديد واصدر قراراته بعد نفاذه مما يجعلها معدومة لأن هذه المجالس قد فقدت اختصاصها فى نظر التظلمات بمجرد نفاذ قانون الايجار الجديد . ومن الجائز الطعن فى تلك القرارات أمام محكمة القضاء الادارىطبقاً للمادة ١١ من قانون مجلس الدولة (رقم ٥٥ لسنة ١٩٥٩) على تقدير انها معدومة ، ويتعين عليها بعد الحكم بانعدامها إحالة القضية إلى المحكمة الابتدائية المختصة ، لأن الحكم بانعدام تلك القرارات يعيد التظلمات إلى ما كانت عليه قبل إصدارها ، وهذه التظلمات أصبحت من اختصاص المحاكم الابتدائية بعد العمل بقانون المساكن الجديد ، فتكون الإحالة المتقدمة واجبة عملا بالمادة ١/١ من قانون المرافعات . وجدير بالإشارة ان المعدوم لا تلحقه أية حصانة ، ومن ثم من الجائز رفع الطعن فى القرارات المعدومة دون التقيد بأى ميعاد من المواعيد المقررة فى قانون مجلس الدولة .

وليس ثمة ما يمنع من انعقاد مجالس المراجعة ولو بعد نفاذ قانون الايجار الجديد لمجرد إحالة القضايا القائمة أمامه إلى المحاكم الابتدائية عملا بالمادة ٤٢ من هذا القانون ، وعلى هذه المجالس إحالة القضايا التى أصدرت فيها قرارات معدومة بعد نفاذ القانون الجديد ، على أساس عدم الاعتداد بحجيتها (١) .

٣ — على الرغم من أن المذكرة التفسيرية قد اشارت إلى إعمال الفقرة الأولى بالنسبة إلى القوانين التى تغير الاختصاص النوعى أو المحلى فقط الا أنه ليس هناك ما يمنع من إعمالها أيضاً بالنسبة إلى القوانين التى تغير الاختصاص المتعلق بالوظيفة (٢) . ويؤكد هذا النظر نص المادة ١١٠ من القانون الجديد الذى أوجب الاحالة ولو بعد حكم المحكمة بعدم اختصاصها اختصاصاً متعلقاً بالوظيفة .

---

(١) أنظر فى دراسة الأحكام المعدومة وفى أن المحكمة التى أصدرتها تملك — هى بذاتها — عدم الاعتداد بها : كتاب نظرية الدفوع للمؤلف الطبعة الرابعة رقم ٢٦٩ .

(٢) راجع حكم المحكمة العليا فى أول ديسمبر ١٩٥٦ — السنة الثانية ١٢٢ .

٤ — إذا أوجب القانون الجديد رفع الطلب أولا إلى لجنة إدارية ذات اختصاص قضائى أو لجنة قضائية، وجعل الطعن فى قرارها من اختصاص المحاكم العادية ، فان الطلبات المنظورة أمام المحاكم العادية دون أن تخطوا هذه المراحل لصدورها قبل العمل بالقانون الجديد تظل على حالها ما لم ينص القانون الجديد على ما يخالف ذلك (١) .

٥ — المقصود باقفال باب المرافعة فى الدعوى اقفاله بالنسبة للدعوى برمتها ، فاذا حجزت الدعوى للحكم للفصل فى طلب الاحالة إلى التحقيق مثلا أو طلب ندب خبير أو غير ذلك من الطلبات المتعلقة بالاثبات أو بسير الاجراءات أو المؤدية إلى اصدار حكم قبل الفصل فى الموضوع ، أو أبدى الطرفان طلباتهما وحجزت المحكمة القضية للحكم على اعتبار أنها صالحة للفصل فيها برمتها ، ثم استبان لها أنها غير صالحة للفصل فيها وأن الأمر يحتاج إلى إحالتها إلى التحقيق مثلا أو ندب خبير أو ما إلى ذلك ، ثم صدر قانون معدل للاختصاص فلا يجوز للمحكمة القائمة أمامها الدعوى أن تستمر فى الفصل فيها بل عليها أن تطبق هذا القانون الجديد المعدل للاختصاص وذلك لأن المشرع قصد بعدم سريان القوانين المعدلة للاختصاص على ما قفل باب المرافعة فيه من دعاوى توفير الجهد والوقت بعد أن استوت الدعوى للفصل فيها برمتها أما إذا لم يتم هذا فلا محل لبقاء الدعوى أمام محكمة أصبحت غير مختصة بنظرها .

٦ — ما دامت الدعوى قد حجزت للنطق بالحكم فى ظل القانون القديم فانه لا يشترط أن تكون المواعيد المحددة لتقديم مذكرات الخصوم الختامية قد انقضت قبل نفاذ القانون الجديد ، كما لا يشترط تقديمها بالفعل فى ظل القانون القديم ما دامت الدعوى قد أجلت للنطق بالحكم فى ظله .

٧ — متى صدر القانون الجديد بعد حجز القضية للنطق بالحكم فيها ، فان المحكمة تملك فى ظله تأجيل النطق بالحكم — دون إعادة القضية للمرافعة بطبيعة الحال — وذلك عملا بالمادة ١٧٢ من قانون المرافعات الجديد .

---

(١) أنظر نقض ٢٨ فبراير ١٩٥٧ المجموعة ٨ ص ١٨٩ .

٨ — لما كان قانون المرافعات الجديد قد عدل بعض القوانين المتعلقة بتقدير قيمة الدعاوى (م ٣٧) ، ولما كان الاختصاص القيمى قد أصبح متعلقاً بالنظام العام فتقضى به المحكمة من تلقاء نفسها (م ١٠٨ و م ١٠٩) يكون عليها اذن أن تعيد تقدير قيمة الدعوى ، فاذا رأت أنها أصبحت غير مختصة بها وجب عليها أن تحيلها على النحو المقرر فى قانون الاصدار .

ومن ناحية أخرى ، إذا رفعت دعوى فى ظل القانون السابق إلى محكمة غير مختصة قيمياً وأسقط المدعى عليه حقه فى التمسك بعدم الاختصاص (بتكلمه فى الموضوع) ، فان المحكمة عليها — على الرغم من ذلك — ان تقضى بعدم اختصاصها طبقاً للمادة ١٠٩ من القانون الجديد — وعندئذ عليها إحالتها إلى المحكمة المختصة (١) .

وإذا كانت الدعوى قد رفعت إلى محكمة جزئية فى ظل القانون القديم ولم تكن مختصة به نوعياً ، ولم يتمسك المدعى عليه بعدم الاختصاص النوعى الذى كان لا يتصل بالنظام العام فى ظل القانون القديم ، وإذا كان اختصاصها قد ثبت لها بصدد حكم فى شق من الموضوع قبل العمل بالقانون الجديد فلا عليها أن هى قضت فى الموضوع فى ظل القانون الجديد (٢) (راجع المادة الرابعة من قانون اصدار قانون المرافعات السابق والمادة الثانية من قانون اصدار قانون المرافعات الجديد) .

٩ — يتعين على المحكمة جزئية كانت أم ابتدائية أن تحيل إلى المحكمة المختصة من تلقاء نفسها أية دعوى أصبحت تخرج من اختصاصها النوعى أو القيمى بسبب :

١ — تعديل قاعدة من قواعد تقدير الدعاوى على ما قدمناه .

(١) أنظر مزيداً من الأمثلة فى كتاب التعليق على قانون المرافعات الجديد عن المادة الثانية من قانون الاصدار رقم (٢) ومايليه .

(٢) نقض ٢٩ يناير ١٩٥٩ المحاماه ٤٠ ص ٣٧١ وراجع نقض ٢٩ فبراير ١٩٥٧ السنة ٨ ص ١٨٩ .

٢ — تعديل قاعدة من قواعد الاختصاص النوعى بحيث أصبح الاختصاص النوعى للمنازعة من اختصاص محكمة أخرى ، كما هو الحال مثلا بالنسبة لاختصاص قاضى التنفيذ .

٣ — تعديل قاعدة من قواعد الاختصاص النوعى بحيث لم تعد المحكمة الجزئية هى المختصة فى جميع الأحوال بنظر الدعوى مهما تكن قيمتها ، وانما أصبح هذا الاختصاص خاضعاً للقواعد العامة بحسب قيمة الدعوى أو نوعها كدعاوى الحيازة ودعاوى التعويض عن الفعل المعتبر جنحة أو مخالفة فقد عاد بها المشرع إلى القواعد العامة بحيث تقدر الأولى بحسب قيمة أصل الحق (م ٤/٣٧) ، وتقدر الثانية وفق القواعد العامة .

١٠ — بالنسبة لنصاب الاستئناف العبرة بالقانون المعمول به وقت صدور الحكم ، ومن ثم إذا صدر قانون جديد يعدل من قواعد قيمة الدعوى تعديلا من شأنه أن يغير نصاب الاستئناف فيجعل الحكم الصادر فى الدعوى غير قابل للاستئناف بعد أن كان قابلا له ، أو العكس ، فإن هذه القواعد الجديدة لا تسرى الا على الأحكام الصادرة بعد العمل بها ، ولو كانت عن دعاوى رفعت أثناء سريان القانون القديم وحجزت للحكم فى ظله .

واذن من المتصور أن تقدر الدعوى وفق القانون القديم إذا حجزت للحكم قبل صدور القانون الجديد ، ثم يقدر نصاب الاستئناف فى ذات الدعوى على أساس القانون الجديد عند صدور الحكم بعد العمل به .

وما قدمناه لا يمنع محكمة الدرجة الثانية من وجوب اعادة تقدير قيمة الدعوى وفق أحكام القانون الجديد — مع عدم المساس بالحق المكتسب فى استئناف الحكم — بحيث لا تفصل محكمة ابتدائية فى استئناف حكم صادر من محكمة جزئية فى دعوى قيمتها فى نظر القانون الجديد تجاوز مائتين وخمسين

جنيهاً (١) فمثلا إذا استؤنف حكم صادر فى دعوى حيازة فى ظل القانون السابق أمام المحكمة الابتدائية عملا بأحكامه ، فعلى المحكمة الابتدائية أن تقدر قيمة الدعوى وفقاً لأحكام القانون الجديد ، فاذا كانت فى حدود مائتين وخمسين جنيهاً (ولو كانت قيمتها ٥٠ جنيهاً أو أقل) اختصت بها وأن جاوزت ذلك وجبت إحالة الاستئناف إلى محكمة الاستئناف المختصة (٢) .

١١ — إذا عدل القانون الجديد قواعد الاختصاص المحلى فلا تملك المحكمة الإحالة إلى المحكمة التى أصبحت مختصة محلياً الا إذا تمسك أولا الخصم صاحب المصلحة (سواء أكان هو المدعى عليه أو المدعى) بعدم اختصاص المحكمة عملا بالقانون الجديد، ويشترط أن يكون ذلك قبل التكلم فى الموضوع بعد نفاذ القانون الجديد . وبداهة قد تكون القاعدة المستحدثة لمصلحة المدعى أو المدعى عليه ، فيتمسك هذا أو ذاك بالقاعدة المستحدثة المقررة لصالحه (٢) .

ولقد استحدث قانون المرافعات الجديد الفقرة الثانية من المادة ٦٢ منه والتى تقرر أنه فى الحالات التى ينص فيها القانون على تخويل الاختصاص المحلى لمحكمة غير محكمة موطن المدعى عليه لا يجوز الاتفاق مقدماً على ما يخالف هذا الاختصاص .

وهذا النص الجديد يسرى ولو بالنسبة للدعاوى المرفوعة عن عقود أبرمت قبل العمل بالقانون الجديد عملا بالمادة الأولى من قانون المرافعات التى توجب تطبيق قوانين المرافعات على ما لم يكن قد فصل فيه من الدعاوى أو تم من الاجراءات . واذن إذا تمسك المدعى عليه عند نفاذ القانون

---

(١) أنظر دراسة تفصيلية لهذه الأحوال فى كتاب التعليق على نصوص قانون المرافعات الجديد عن المادة ٣٦ رقم (٦) .

(٢) أنظر كتاب التعليق على نصوص قانون المرافعات الجديد عن المادة ٢٦ رقم (٦) ص ١٢٠ وص ١٢١ .

(٣) راجع ماقررته المادة ٢/٦٢ من قانون المرافعات الجديد .

الجديد وقبل التكلم فى الموضوع بعدم اختصاص المحكمة محلياً وبإعمال المادة ٢/٦٢ المستحدثة وجب على المحكمة إحالة الدعوى إلى المحكمة المختصة محلياً عملا بالمادة ١/١ من قانون المرافعات .

ومع ذلك يتجه رأى فى فرنسا يذهب إلى أنه إذا عدل القانون الجديد قاعدة من قواعد الاختصاص المحلى ، فان ذلك لا يؤثر على اتفاق الخصوم الذى تم قبل العمل به على اختصاص محكمة غير التى حددها القانون الجديد ولو نص القانون الجديد على عدم جواز الاتفاق على مخالفة هذه القاعدة ما لم ينص صراحة على عدم الاعتداد بالاتفاقات السابقة على صدور القانون الجديد (١) .

ويتجه الرأى فى فرنسا على وجه العموم ، إلى احترام اتفاق الخصوم بصدد المحكمة المختصة محلياً بنظر النزاع ولو كان هذا الاتفاق يخالف نصوص القانون الجديد ، وذلك على تقدير ان قواعد الاختصاص المحلى لا تتعلق بالنظام العام — فى رأى (٢) ، أو على تقدير احترام الحقوق المكتسبة للخصوم بمقتضى مثل الاتفاق المتقدم — فى رأى آخر (٣) .

وقد رأينا ما رأيناه بصدد المادة ٢/٦٢ من القانون الجديد احتراماً لأثره المباشر ونفاذاً له .

١٢ — إذا تمت إحالة الدعوى إلى المحكمة التى أصبحت مختصة بنظرها وفق احكام القانون الجديد فان هذه الإحالة تمتد إلى ما صدر فى الدعوى من أحكام فرعية وعما تم فيها من اجراءات الاثبات ، ويعتد بتلك الاجراءات أمام المحكمة المحال اليها الدعوى ، ولها بطبيعة الحال أن تأمر باتخاذ أية اجراءات أخرى .

---

(١) جلاسون وتسيبه ١ ورقم ٦ ص ١٢ .
(٢) سوليس وبيرو رقم ٢٩ ص ٣٢ .
(٣) موريل ١٩ ص ١٨ .

وعلى المحكمة المحال اليها الدعوى أن تتحقق من صحة إعلان الخصوم فى حالة تخلفهم عن الحضور ومن ناحية أخرى ، تفرض عليها الدعوى المحالة اليها ، وذلك عملا بالمادة ١١٠ من القانون الجديد (م ١٣٥ من القانون السابق معدلة بمقتضى القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢) .

٢١ – القوانين المعدلة للمواعيد متى كان الميعاد قد بدأ قبل تاريخ العمل بها :

تقول المذكرة التفسيرية فى هذا الصدد : «... قد رأت اللجنة أنه متى بدأ الميعاد فى ظل قانون معين فمن العدل وحسن النظر أن ينتهى طبقاً لهذا القانون نفسه كى لا يتبعض الميعاد أو يضطرب حساب بدايته ونهايته ومداه(١) والمراد ببداية الميعاد هنا الاجراء الذى يبدأ منه حساب الميعاد كما حدده القانون الذى بدأ فى ظله ، أيا كان هذا الاجراء اعلاناً أو ايداعاً أو غير ذلك . والمراد بالميعاد المعنى الأعم لهذا اللفظ فيشمل المواعيد المدد والآجال سواء أكانت مواعيد طعن أم آجال سقوط يجب أن تتخلل الاجراءات » (٢) .

وفيما يلى دراسة تفصيلية لهذه الفقرة :–

١ – العبرة فى تحديد الميعاد بالقانون السارى وقت بدئه . فاذا صدر حكم فى ظل القانون القديم الذى ينص على أن ميعاد الطعن فى الحكم يبدأ من تاريخ صدوره . فان الميعاد يحدد وفق هذا القانون ، ولو صدر فى أثناء سريان الميعاد قانون جديد يعدل الميعاد بالزيادة أو بالنقص أو يجعل سريان الميعاد من تاريخ إعلان الحكم وليس من تاريخ صدوره .

وإذا صدر حكم فى ظل القانون القديم الذى ينص على أن ميعاد الطعن

---

(١) قارن أسلوب القانون المدنى فى معالجة أثر تعاقب القوانين المعدلة لمواعيد التقادم فى المادة ٧ و ٨ منه .

(٢) أنظر فى تطبيق النص نقض ٨ مارس ١٩٥٢ طعن سنة ١٩ قضائية ورقم ٢٤ سنة ٢٠ قضائية .

فيه يبدأ من تاريخ إعلانه ، وأعلن الحكم فى ظل القانون الجديد فان ميعاد الطعن يحتسب وفقاً لأحكام هذا القانون (١) ، ولو عدل الميعاد بالزيادة أو بالنقص .

وإذا صدر قرار لجنة تحديد الأجرة قبل العمل بقانون المساكن الجديد فان ميعاد التظلم منه يكون ستين يوماً وفقاً لأحكام القانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٦٢ ولا يسرى ميعاد الثلاثين يوماً المستحدث فى المادة ٢/١٣ من قانون المساكن الجديد ، هذا ولو أن التظلم قد أصبح من اختصاص المحاكم الابتدائية بعد أن كانت تنظره مجالس المراجعة المشكلة وفق القانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٦٢ .

٢ — لا يعمل بالفقرة المتقدمة الا بالنسبة للقوانين التى تعدل المواعيد القائمة بالزيادة أو بالنقص . أما القوانين التى تلغى المواعيد القائمة فلا يعتد بها متى انقضى الميعاد فى ظل القانون القديم أيا كان نوع هذا الميعاد ، وتترتب عندئذ الآثار التى حددها هذا القانون كما قدمنا(٢) .

أما القوانين الجديدة التى تستحدث مواعيد لم تكن قائمة فى التشريع ، فهذه لا تسرى — أيا كان نوعها — الا من تاريخ العمل بالقانون الذى استحدثها ، أيا كان الجزاء الذى تقرره ، وذلك تحقيقاً للعدالة ، وحتى يكون الخصم على بينة من الجزاءات وقت حصول المخالفة ، وحتى لا يوقع عليه جزاء لم يدر بخلده وقت المخالفة ، وإعمالا لمبدأ أساسى مقتضاه أن الميعاد لا يسرى فى حق من لا يتمكن من اتخاذ الاجراءات للمحافظة على حقه . وهذه القاعدة يقررها صدر المادة الأولى من قانون المرافعات فالقوانين الجديدة التى تستحدث أى ميعاد لا تسرى — إعمالا لمبدأ عدم رجعية القانون الجديد — الا من تاريخ العمل بالقانون الذى استحدثها .

---

(١) نقض ٩ ابريل ١٩٥٣ طعن ١ سنة ٢٣ قضائية وقنا الابتدائية ١٢ مارس ١٩٥١ المحاماه ٣٢ ص ٦٨٩ .

(٢) أنظر ماقلناه فى الفقرة رقم ١٣ .

ومن ثم يتضح مما تقدم أن الفقرة الثانية من المادة الثانية من قانون المرافعات التى تنص على أنه لا تجرى مايستحدث من مواعيد السقوط الا من تاريخ العمل بالقانون الذى استحدثها — هذه المادة كان يمكن الاستغناء عنها فى التشريع اكتفاء بايراد القاعدة الأساسية فى عدم رجعية القانون الجديد فى صدر المادة الأولى من قانون المرافعات التى تقرر أن قوانين المرافعات الجديدة لا تسرى على ما فصل فيه من دعاوى أو ما تم من اجراءات .

٣ — لا تسرى الفقرة المتقدمة الا بالنسبة للقوانين التى تعدل الميعاد أما القوانين التى تجعل بداية الميعاد من اجراء غير الاجراء المنصوص عليه فى القانون القديم ، فالعبرة بما إذا كان الميعاد قد جرى بالفعل فى ظل القانون القديم أو لم يجر ، وفى الحالة الأخيرة يسرى الميعاد من الاجراء الذى أشار اليه القانون الجديد بشرط أن يكون هذا الاجراء قد اتخذ فى ظله والا فمن وقت العمل بالقانون الجديد . ومن ثم إذا كان ميعاد الطعن فى حكم ما يبدأ من وقت صدوره ثم تعدل التشريع بما يجعل سريان الميعاد من وقت اعلان الحكم ، وصدر الحكم فى ظل القانون القديم ، فان ميعاد الطعن فيه يكون قد بدأ بالفعل فى ظله ، ولا يعتد بحكم القانون الجديد ولو اكتملت مدة الميعاد بعد العمل به . وإذا كان ميعاد الطعن فى حكم ما يبدأ من وقت اعلانه ثم تعدل التشريع بما يجعل سريان الميعاد من وقت صدوره ، وصدر الحكم فى ظل القانون القديم فان ميعاد الطعن فيه يبدأ من وقت العمل بالقانون الجديد ، ولا يبدأ من وقت صدور الحكم لأن الميعاد لا يسرى فى هذا الوقت عملا بالقانون القديم ، ولا يبدأ من وقت اعلان الحكم فى ظل القانون الجديد لأن هذا القانون لا يشترط الاعلان لسريان الميعاد (١) .

٤ — لا تسرى الفقرة المتقدمة الا بالنسبة إلى القوانين التى تعدل الميعاد أما القوانين التى تستحدث آثاراً جديدة عند فوات الميعاد أو عند احترامه

---

(١) راجع نقض ٩ أبريل ١٩٥٣ المحاماه ٣٥ ص ٢٧٢ ونقض ١٩٦٨/٦/١٢ السنة ١٩ ص ١١٦٠

(باتخاذ المطلوب فى التشريع) فهذه الآثار يحددها القانون الذى انقضى الميعاد فى ظله (١) .

٥ — لا تسرى الفقرة المتقدمة الا بالنسبة للقوانين التى تعدل بمواعيد المرافعات (٢) أو مواعيد أو مدد السقوط (٣) التى تتخلل الاجراءات والتى يوجب القانون احترامها (أنظر المذكرة التفسيرية للقانون السابق) . أما مدد التقادم التى يحددها القانون المدنى فلا يطبق بصددها قانون المرافعات وانما يعتد فيها بأحكام القانون المدنى (م ٧ و ٨ منه) . وكذلك لا يجوز إعمال القانون المدنى (فى أثر تعاقب أحكامه على مدد تقادم الحقوق) بالنسبة لمواعيد المرافعات ومواعيد السقوط على المعنى المتقدم وانما يعتد فقط بأحكام المادة الأولى والثانية من قانون المرافعات .

وبالنسبة لمدة تقادم الخصومة تتبع أيضاً القاعدة المقررة فى المادة ٢ / ١ . ومع ذلك اتجه رأى فى صددها إلى إعمال المادة الثامنة من القانون المدنى التى تنظم كيفية الانتقال من ولاية القانون القديم إلى ولاية القانون الجديد بالنسبة لمدد تقادم الحقوق (٤) ، وهى تنص على أنه «إذا قرر النص الجديد مدة للتقادم أقصر مما قرره النص القديم سرت المدة الجديدة من وقت العمل بالنص الجديد ولو كانت المدة القديمة قد بدأت قبل ذلك . أما إذا كان الباقى من المدة التى نص عليها القانون القديم أقصر من المدة التى قررها النص الجديد ، فان التقادم يتم بانقضاء هذا الباقى .

ونحن لا نرى الأخذ بهذا الرأى لأن قانون المرافعات قد عنى ببيان آثار تعاقب قوانين المرافعات ونص صراحة — كما رأينا — على أن القوانين المعدلة للمواعيد لا تسرى إذا كان الميعاد قد بدأ قبل تاريخ العمل بها . فالأخذ

---

(١) راجع ماقلناه فى رقم ١٣ .
(٢) delais de procedure
(٣) délais prefixes
(٤) مؤلف الدكتور الشرقاوى فى المرافعات رقم ١٥ .

بهذا الرأى فيه اهدار لذلك النص . هذا فضلا عن أن مشروع القانون المدنى كان ينص – إلى جانب المادة الثامنة – على ذات القواعد المنصوص عليها فى المادة الأولى من قانون المرافعات (الفقرة الأولى والثالثة والرابعة) مما يقطع بأن مجال إعمال المادة الثامنة يختلف عن مجال إعمال المادة الأولى وان ما يسرى فى تقادم الحقوق من قواعد لا ينطبق بالنسبة لمواعيد المرافعات أيا كان الميعاد .

واذن ، تسرى الفقرة المتقدمة بالنسبة لمواعيد الطعن فى الأحكام ومواعيد اسقاط الخصومة واعتبارها كأن لم تكن ومواعيد انقضاء الخصومة بالتقادم (١) وسائر المواعيد أو مدد السقوط المقررة فى القوانين الاجرائية .

وفى ختام هذه الفقرة تجدر الاشارة إلى ما ذهب اليه الفقه والقضاء فى فرنسا إلى اعتبار النصوص المعدلة لمواعيد الطعن فى الأحكام موضوعية ماسة بأصل الحقوق . وسوف ترد دراسة هذا فى الفقرة التالية .

٢٢ – القوانين المنظمة لطرق الطعن بالنسبة لما صدر من الأحكام قبل تاريخ العمل بها متى كانت هذه القوانين ملغية أو منشئة لطريق من تلك الطرق :

جاء فى المذكرة التفسيرية لقانون ١٩٤٩ عن هذه الفقرة ما يلى « كذلك استثنيت القوانين المنظمة لطرق الطعن بالنسبة لما صدر من الأحكام قبل العمل بها إذا كانت هذه القوانين قد ألغت طريق طعن كان موجوداً وقت صدور الحكم وأصبح للمحكوم عليه بصدوره الحق فى سلوكه . أو أوجدت طريق طعن لم يكن موجوداً قبل صدور الحكم الذى حصل عليه

---

(١) بالنسبة لميعاد انقضاء الخصومة بالتقادم ، كان ثمة رأى يتجه إلى اعتباره من المواعيد المستحدثة فى القانون السابق ، على تقدير أن القانون القديم (الصادر سنة ١٨٨٣) لم ينص على انقضاء الخصومة بالتقادم ، ولم نر الأخذ بهذا الرأى لأن انقضاء الخصومة بالتقادم وأن لم ينص عليه القانون السابق إلا أن الفقه والقضاء كانا مستقرين على الأخذ به – أنظر كتاب المرافعات للدكتور أبو الوفا الطبعة التاسعة رقم ١٤ الحاشية رقم (١) ص ٣٩ و كتاب نظرية الدفوع فى قانون المرافعات

المحكوم له غير قابل لهذا النوع من الطعن . والأحكام التى يشير اليها النص هى الأحكام التى يجعلها القانون الجديد قابلة لطريق طعن جديد يفتحه أو يحرمها من طريق موجود يسده . فصدور حكم من المحكمة الجزئية قبل العمل بهذا المشروع لا يمنع من جواز الطعن بالنقض فى الحكم الذى يصدر فى استئناف هذا الحكم بعد تاريخ العمل به ، علما بأن المشروع يجيز الطعن بالنقض فى مثل هذا الحكم .

وفيما يلى دراسة تفصيلية لهذه الفقرة :

١ — قصد المشرع بإيراد الفقرة المتقدمة حسم الخلاف الذى لم ينقطع فى النظر العلمى بين الفقهاء فى فرنسا حول تحديد القانون الواجب التطبيق فى صدد قابلية الحكم الصادر فى الدعوى للطعن فيه أو عدم قابليته له ، فهل العبرة بالقانون القائم وقت الادلاء بالطلب القضائى (أى وقت رفع الدعوى) على تقدير أن حقوق الخصوم الاجرائية انما تتحدد من تاريخ الادلاء بالطلب إلى المحكمة فيراعى بصددها القانون النافذ عندئذ ، حتى لا يضار المدعى من بطء التقاضى ، أم العبرة بالقانون القائم وقت صدور الحكم، على تقدير أن قابليته للطعن فيه أو عدم قابليته إنما هى وصف للحكم يلازمه ، فيكتسب الحكم الوصف الذى منحه اياه القانون النافذ وقت صدوره [1] ، ولا يصح أن يوصف بعدئذ بالوصف الذى يمنحه القانون الجديد لحكم مثله يصدر بعد العمل به ، أم أن العبرة بالقانون النافذ وقت سريان ميعاد الطعن فى الحكم على اعتبار انه من هذا الوقت وفى خلال الميعاد المقرر للطعن تتحدد حقوق الخصوم بصورة قطعية نهائية فيكتسبوا عندئذ الوضع القانونى الذى يمنحه لهم هذا القانون[2] .

والصحيح فيما تقدم أن القابلية للطعن فى الحكم هى وصف له يلازمه منذ صدوره ويولد معه فى ضوء القانون القائم وقت صدوره . وانما هذا

(١) جلاسون وتسييه ١ رقم ٦ ص ١٤ وأحكام النقض الفرنسى المشار اليها فيه، وروبية ٢ رقم ١٤٤ ص ٧٢٨ وموريل رقم ٦ ص ١٤ وسوليس وبيرو رقم ٣٤ ص ٣٥ .

(٢) جلاسون وتسييه ١ رقم ٦ ص ١٤ والأحكام المشار اليها فيه .

الوصف لا يمنع من إمكان وصفه وفق أحكام القانون الجديد، وقد يكون الوصف الجديد مغايراً للوصف السابق فتصادم هذاوذاك.ولأن المركز الاجرائى للخصوم بمقتضى مثل هذا الحكم لا يكتمل الا إذا أصبح الحكم باتا أى غير قابل للطعن irrévocable ، فى ظل القانون القديم اضطر المشرع إلى التدخل والنص على أن حقوق الخصوم انما تتحدد وقت صدور الحكم بمقتضى القانون القائم عندئذ ، فيكون قابلا للطعن فيه أو غير قابل له وفق أحكام هذا القانون ولو منع القانون الجديد الطعن فى مثل هذا الحكم بعد أن كان الطعن جائزاً ، أو أجاز القانون الجديد الطعن فيه بعد أن كان غير جائز . وذلك رعاية لحقوق الخصوم التى رآها المشرع جديرة بحمايته .

وجدير بالإشارة ان مغايرة القانون الجديد للقانون القديم فى صدد النصوص الملغية لطريق من طرق الطعن أو المنشئة له لا يكون مبعثها مجرد استحداث طريق طعن جديد أو الغاء طريق طعن قائم فى التشريع (كما هو الحال بالنسبة إلى إجازة الطعن فى الأحكام الصادرة فى منازعات ايجار الأماكن طبقاً لقانون الايجار الجديد . وكما هو الحال بالنسبة إلى الغاء طريق المعارضة فى الأحكام الغيابية فى المواد المدنية والتجارية بمقتضى القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ والغاء التظلم بطريق اعتراض الخارج عن الخصومة على الحكم الصادر فيها بمقتضى قانون المرافعات الجديد) . وانما قد يتأتى الاستحداث أو الالغاء عن طريق زيادة النصاب الانتهائى لمحاكم الدرجة الأولى أو نقصه فيصبح الحكم الصادر فى ظل القانون القديم غير قابل للاستئناف بعد أن كان قابلا له . أو يصبح ابتدائياً بعد أن كان انتهائياً (على التوالى) . أو عن طريق الغاء سبب من أسباب الطعن فى الحكم بطريق غير عادى أو استحداثه (كما هو الحال بالنسبة لالغاء طريق الطعن بالنقض فى القانون الجديد فى الأحكام الصادرة من المحاكم الابتدائية فى استئناف أحكام المحاكم الجزئية الصادرة فى مسائل الاختصاص المتعلق بالوظيفة أو استحداث أسباب جديدة للطعن بطريق الالتماس فى ذات القانون) . كما قد يتأتى الاستحداث عن طريق فتح باب الاستئناف بالنسبة إلى بعض الأحكام الانتهائية ، كما استحدث

قانون المرافعات السابق (م ٣٩٦ منه) باب استئناف الأحكام الانتهائية اذا كانت باطلة أو مبنية على اجراءات باطلة .

وقدمنا أن الفقه والقضاء فى فرنسا يذهبان إلى اعتبار كل ما يتصل بقابلية الحكم للطعن فيه من المسائل الموضوعية التى يحكمها القانون الذى يصدر الحكم فى ظله ، وتكون فى حماية من إعمال القانون الجديد عليها بأثر رجعى سواء أكان الأمر متعلقاً بالقوانين التى تستحدث طريقاً من طرق الطعن أم التى تلغى طريقاً قائماً أم التى تعدل مواعيد الطعن (١) .

وقلنا فى التعليق على ما تقدم انه لا يمكن تنزيه الاجراءات عن مساسها بجوهر الحقوق ، ولا يمكن تجريدها من عنصر الالزام ومن عنصر الجزاء والا استحال على القانون الاجرائى أن يسير ويعمل وينتج على الوجه المطلوب.

ونضيف أن كلا من القوانين المتعلقة بجوهر الحقوق والقوانين المتعلقة بالاجراءات ، كلاهما لا يجوز أن يطبق بأثر رجعى ولا يمكن أن يمس المراكز القانونية المكتملة قبل صدوره .

وحتى فى الدول التى قانون المرافعات فيها لا يتضمن نصاً صريحاً على منع سريانه بأثر رجعى – كما هو الحال فى فرنسا(٢) – فان النص العام فى هذا الصدد فى الدستور أو فى القانون المدنى – كنص المادة الثانية من القانون المدنى الفرنسي – كاف لاحترام مبدأ عدم رجعية قوانين المرافعات .

ويبدو فى نظرنا أن اللبس المتقدم قد تأتى فى فرنسا من آثار ما جرى عليه طويلا فقه القانون المدنى من اعتبار قوانين المرافعات ذات أثر رجعى (٣)

---

(١) فى رقم ٥ والمراجع والأحكام المشار اليها فيه .

(٢) تنص المادة ١٠٤١ من قانون المرافعات الفرنسى على «نفاذه فى أول يناير ١٨٠٧ ، وبالتالى جميع الدعاوى التى ترفع منذ هذا التاريخ يراعى فيها أحكام هذا القانون .....» .

(٣) سوليس وبيرو رقم ٢٣ ص ٢٦ – وأنظر المقدمة الفقرة رقم ١ .

بحيث إذا صدر قانون اجرائى جديد يمس عند نفاذه المراكز القانونية المكتملة قبل صدوره ، لم يكن من سبيل سهل لحمايتها من رجعية القانون الجديد الا الذهاب إلى اعتبار مثل هذا القانون متعلقاً بأصل الحق ومتعلقاً بالموضوع . ولم يسلم القضاء الفرنسى من الوقوع فى اللبس المتقدم متمشياً مع ما ذهب اليه الفقه المتقدم . بل لم يسلم الفقه المصرى من هذا اللبس ، وقد رأينا أن المشروع التمهيدى للقانون المدنى الذى كان ينظم الانتقال من ولاية القانون القديم إلى ولاية القانون الجديد بالنسبة لقواعد المرافعات (م ١٣ — ١٧ منه) كان ينص فى المادة ١٣ منه على سريان القوانين الجديدة المتعلقة بالاجراءات من وقت العمل بها على ما يباشر من الاجراءات متعلقاً بحقوق تم كسبها قبل ذلك ما دامت هذه النصوص لا تمس جوهر الحقوق أو مداها . وكأن مناط إعمال قواعد المرافعات (على وجه العموم) فى نظر واضعى هذا المشروع هو عدم مساسها بجوهر الحقوق .

وإذن لا يصح الخلط بين ما يعتبر من الموضوع وما يعتبر من الاجراءات حتى ولو مست الأخيرة جوهر الحقوق بطريق غير مباشر ، ولهذه القاعدة شعاب منها عند دراسة القانون الدولى الخاص ، ومنها عند دراسة قانون المرافعات على ما قدمناه .

ويعمل بالقاعدة المتقدمة سواء بالنسبة إلى طرق الطعن العادية أو غير العادية ، كما يعمل بها أيضاً بالنسبة لأى تظلم وذلك على سبيل القياس[1] .

ويعمل بالقاعدة المتقدمة [2] سواء أكان ميعاد الطعن فى الحكم يبدأ

---

(١) أنظر ماقلناه بصدد اعتراض الخارج عن الخصومة على الحكم الصادر فيها ، وكون هذا الاعتراض لا يعتبر وفق أحكام القانون السابق طريق طعن فى الأحكام وانما اعتبره بمثابة تظلم من نوع خاص ، ومع ذلك رأينا إعمال الفقرة الثالثة من المادة الأولى بالنسبة لهذا التظلم احتراماً للمراكز الاجرائية للخصوم (انظر الطبعة التاسعة من كتاب المرافعات رقم ١٦) . وقد ألغى القانون الجديد هذا التظلم وأجاز الطعن بالالتماس فى بعض حالاته (أنظر كتاب التعليق على نصوص قانون المرافعات الجديد عن المادة الأولى رقم «٤») .

(٢) أنظر فى تطبيق المادة ١ / ٣ نقض ٩ مارس ١٩٥٠ الطعن رقم ١١٠ لسنة ١٨ق و ٥ ابريل=

من تاريخ صدوره أم من تاريخ اعلانه أم من وقت لاحق للصدور أو الاعلان (راجع على سبيل المثال المادة ٢٢٨ من قانون المرافعات التى تنص على أن ميعاد الاستئناف فى الحكم يبدأ من تاريخ لاحق لصدوره أو اعلانه). كما يعمل بالقاعدة سواء أكان الطعن مرفوعاً بصورة أصلية أم عارضية، وسواء أكان يرفع بورقة من أوراق التكليف بالحضور أم بعريضة تودع قلم كتاب محكمة الطعن، أم بالادلاء به شفاهة فى الجلسة، وسواء أكان الحكم قابلا للتنفيذ الجبرى أم غير قابل له، وسواء عدل القانون الجديد قاعدة أو أكثر من القواعد المتقدمة أم لم يعدلها.

٢ – يلاحظ أن نطاق إعمال الفقرة الأولى من المادة الأولى يختلف عن نطاق إعمال الفقرة الثالثة منها، فهذه الأخيرة لا يعمل بها الا حيث يلغى القانون الجديد طريق طعن كان قائماً أو ينشىء آخر لم يكن موجوداً من قبل مع افتراض بقاء الاختصاص للمحكمة التى تنظر الطعن، أما إذا نزع المشرع الاختصاص من المحكمة أو من جهة القضاء التى تتبعها فمن الواجب إعمال الفقرة الأولى من المادة الأولى (١).

وقضت المحكمة العليا بأن انشاءها عملا بالقانون رقم ١٦٥ لسنة ١٩٥٥ يعد استحداثاً لطريق طعن جديد لم يكن موجوداً من قبل، ومن ثم تجب مراعاة الفقرة الثالثة من المادة الأولى من قانون المرافعات بالنسبة إلى الأحكام الصادرة قبل انشائها(٢).

= ١٩٥١ رقم ١٩٤ سنة ١٩ ق و ٢٢ يناير ١٩٥٣ رقم ٢٣٥ سنة ٢٠ ق و ٢٣ ديسمبر ١٩٥٤ المحاماه ٣٦ ص ٥١٤ ونقض ٢٣ يناير ١٩٥٣ طعن رقم ٢٣٥ سنة ٢٠ ق. وأنظر فى تطبيق القاعدة المقررة فى المادة ٣/١ الأمثلة العديدة المذكورة فى كتاب التعليق على نصوص قانون المرافعات الجديد عن المادة ٢١٢ المستحدثة التى تمنع الطعن المباشر فى الأحكام التى تصدر أثناء سير الدعوى مالم تكن قابلة للتنفيذ الجبرى، ويعمل بالقاعدة المقررة فى المادة ٣٧٨ من القانون السابق إذا صدر الحكم فى ظله، ولا يعمل بالقاعدة المستحدثة إلا بعد نفاذ القانون الجديد.

(١) راجع حكم المحكمة العليا فى أول ديسمبر ١٩٥٦ السنة ٢ ص ١٢٢.

(٢) ٩ يونيو ١٩٥٦ السنة الأولى ص ٨٤٤ و ٥ نوفمبر ١٩٥٥ السنة الأولى ص ٤١.

٣ — لا شأن للفقرة الثالثة من المادة الأولى باجراءات رفع الطعن إذ تتبع فى رفع الطعن الاجراءات التى استحدثها القانون الجديد ولو صدر الحكم المطعون فيه فى ظل القانون القديم (١) أو أعلن فى ظله ما دام الطعن مرفوعاً فى ظل القانون الجديد (٢) . ويكون للطاعن استعمال الرخص التى يخولها له القانون الجديد ، ويكون أيضاً للمطعون ضده استعمال الضمانات التى استحدثها له القانون الجديد فى هذا الصدد .

وقد قضت محكمة النقض بأنه ما دام الطعن بالنقض قد رفع فى ظل القانون الجديد (القانون السابق) يكون للطاعن أن يطلب استعمال الرخصة المنصوص عليها فى المادة ٤٢٧ منه فيكون له وفقاً لهذا النص أن يطلب فى فى تقرير الطعن إلى محكمة النقض أن تأمر بوقف تنفيذ الحكم المطعون فية موقتاً متى كان يخشى من تنفيذه وقوع ضرر جسيم يتعذر تداركه (٣) .

٤ — يكفى النطق بالحكم حتى يعتبر أنه قد صدر عملا بالمادة الأولى ، فاذا نطق به قبل العمل بالقانون الجديد اعتبر كذلك ولو أودعت مسودته (٤) أو نسخته الأصلية ملف القضية بعدئذ (٥) .

٥ — إذا ألغى المشرع جهة قضائية أو هيئة قضائية فانه يبين فى القانون الجديد كيفية احالة الدعاوى القائمة أمام محاكم تلك الجهة أو الهيئة ، كما يحدد وسيلة التظلم من الأحكام الصادرة منها ، ولا تعتبر هذه الأحكام بمثابة أحكام صادرة من الجهة المحالة اليها الدعاوى الا بنص خاص .

---

(١) الحكم المشار اليه فى المدونة ١ رقم ٣ .

(٢) نقض ٢٦ يناير ١٩٥٠ الطعن رقم ٣ سنة ٢٠ قضائية .

(٣) نقض ٢٦ يناير ١٩٥٠ الطعن رقم ٣ سنة ٢٠ ق .

(٤) يلاحظ أن القانون يوجب ايداع المسودة يوم النطق بالحكم (م ١٧٥ من قانون المرافعات الجديد — المادة ٣٤٦ من القانون السابق) .

(٥) قارن ماذكرناه فى كتاب التنفيذ بالنسبة لوقت صدور حكم المحكم رقم ٦٨ — وعلة التفرقة ترجع لذات مهمة المحكين ومايقتضيه المشروع منهم فى خلال الميعاد المحدد لاصدار حكمهم — وراجع أيضاً كتاب التحكيم بالقضاء وبالصلح للمؤلف .

ومن ثم الغاء المحاكم المختلطة سنة ١٩٤٩ ، ليس معناه فى ذاته فتح طريق الطعن بالنقض فى المواد المدنية أمام الأحكام الصادرة من محكمة الاستئناف المختلطة ، لأن جهة القضاء المختلطة لم يدخل فى تشكيلها محكمة للنقض فى المواد المدنية والتجارية ، ولأن قانون المرافعات المختلط — وهو القانون الذى يحدد ما إذا كان الحكم الذى صدر فى ظله يجوز الطعن فيه بطريق النقض أو لا يجوز — لم يكن يجيز هذا الطعن ، «ولأن المحكوم لهم بأحكام صادرة من محكمة الاستئناف المختلطة قد اكتسبوا حقاً فى وضع قانونى لا يصح المساس به من غير نص صريح فى قانون المرافعات الذى حل محل قانون المرافعات الملغى» (١) .

وهذا ما قضت به محكمة النقض(٢) .

وقضت أيضاً بعدم جواز الطعن بالنقض فى الحكم أو القرار الصادر بتصحيح حكم صدر من محكمة الاستئناف المختلطة . ذلك أن قضاء هذه المحكمة جرى على أن الأحكام الصادرة من محكمة الاستئناف المختلطة لا يجوز فيها الطعن بطريق النقض تأسيساً على أن قانون المرافعات المختلط لم يكن يجيز هذا الطعن(٣) . وقضت أيضاً بأنه لما كانت المادة ٣٦٥ (من القانون السابق) لا تجيز الطعن فى القرار الصادر بالتصحيح على استقلال . وكان الحكم الذى طلب تصحيحه صادراً من محكمة الاستئناف المختلطة فهو غير قابل للطعن فيه بطريق النقض . ومن ثم فلا يجوز تبعاً الطعن بالنقض فى القرار الصادر برفض تصحيحه(٤) .

---

(١) و (٢) أنظر نقض ٢١ فبراير ١٩٥٢ السنة ٣ ص ٥٢٠ .

(٣) نقض ٢ ديسمبر ١٩٥٤ المحاماة ٣٦ ص ٩ .

(٤) نقض ٢ أبريل ١٩٥٣ السنة ٤ ص ٨٣١ .

خاتمة

٢٣ — قدمنا أنه إذا كان الرأى لا يختلف بين فقهاء قانون المرافعات حول التعريف به ، وانه انما يقتصر على تنظيم الاجراءات القضائية وغير القضائية فى نطاق القانون الخاص ، الا أن الخلاف لم ينقطع ، فى النظر العلمى بين فقهاء القانون الدولى الخاص حول تحديد ما يندرج من القواعد القانونية فى قانون المرافعات وما لا يندرج منها فيه . ولم يكتف هؤلاء الفقهاء بذلك المعيار العام الذى وضعه فقه المرافعات والذى يتعذر بمقتضاه وحده تبيان الضابط المتقدم ، فى كثير من الصور . وما زالت من الدراسات الشاقة فى فقه القانون الدولى الخاص محاولة وضع معيار حاسم يفصل بين ما يعتبر من الموضوع وما يعتبر من الاجراءات . وتبدو أهمية هذا المعيار بصورة خاصة فى القانون الدولى الخاص لأن القاعدة فيه أن القانون الذى ينظم قواعد المرافعات يكون هو قانون القاضى المعروض عليه النزاع .

ورأينا أن قوانين المرافعات انما تنصرف مهمتها إلى مجرد رسم السبيل الواجب اتخاذه والأوضاع التى تلزم مراعاتها عند الالتجاء إلى القضاء وترشده إلى كيفية الفصل فى الخصومات فلا يتصور أن تمس أصل الحقوق بطريق مباشر ما لم ينص القانون صراحة على غير ذلك . وان كان من المتصور أن تمسسها بطريق غير مباشر ، فتؤدى إلى الابقاء عليها أو تؤدى إلى زوالها .

وأكدنا انه لا يمكن تنزيه الاجراءات عن مساسها بجوهر الحقوق ، وإذا جردنا هامن صفتها كاجراءات لمجرد مساسها بجوهر الحقوق بطريق غير مباشر نكون قد خلطنا بين ما يعتبر من الموضوع وما يعتبر من الاجراءات ونكون قد أنكرنا — بصورة عامة — عنصر الالزام وعنصر الجزاء بصددها ، ولا يمكن لقانون اجرائى أن يسير ويعمل وينتج على الوجه المطلوب بدونها ، ولا يمكن لقانون اجرائى أن يبرأ من تضحيته بالحق الموضوعى فى بعض الأحوال .

وقلنا ان قوانين التنظيم القضائى أو الاختصاص أو المرافعات إذ لا تؤثر فى الأصل — وكما قدمنا — على العلاقات القانونية بين المتقاضين ، تطبق

القوانين الجديدة منها فوراً على الدعاوى القائمة أمام المحاكم ولو كانت مرفوعة قبل العمل بالقوانين الجديدة ، أو كانت متعلقة بحقوق موضوعية مكتسبة للخصوم قبل العمل بتلك القوانين الجديدة . فهذه القوانين تطبق فور نفاذها إعمالا لمبدأ سيادة القانون ، ولا يكتسب الخصوم حقاً فى وجوب إعمال القوانين الاجرائية التى كانت نافذة وقت نشوء علاقاتهم القانونية أو نشوء حقوقهم الموضوعية .

وقدمنا ان المادة الأولى من قانون المرافعات الجديد (وهى مطابقة للمادة الأولى من قانون المرافعات السابق) قد وضعت أسس دراسة التنازع الزمنى لقوانين المرافعات — على معناها المتقدم . فقد وضحت فى صدرها مبدأ عدم رجعية القانون الجديد على ما فصل فيه من دعاوى وما تم من اجراءات قبل تاريخ العمل به ؛ احتراماً للأوضاع الاجرائية المكتملة فى ظل القانون القديم وتمشياً مع الدستور والمنطق والعدل . ووضحت فى صدرها أيضاً سريان القانون الجديد بأثر مباشر على ما لم يكن قد فصل فيه من دعاوى أو تم من اجراءات قبل تاريخ العمل به ؛ واستثنت من هذه القاعدة العامة حالات ثلاثة وردت فيها على سبيل الحصر ، ورأت أن يمتد سريان القانون القديم اليها على الرغم من أنها تتعلق بمراكز اجرائية لم تكتمل فى ظله . وكان من الواجب إعمال القانون الجديد بصددها لأنه هو القانون الذى تكتمل تلك المراكز فى ظله . وانما قصدت بذلك رعاية حقوق ثبتت أو مصالح رأتها جديرة بالاستثناء . وهذه الحالات الثلاث هى الحالات المسلم بها فقهاً وقضاء فى فرنسا ، وهى :

١ — القوانين المعدلة للاختصاص متى كان تاريخ العمل بها بعد اقفال باب المرافعة فى الدعوى .

٢ — القوانين المعدلة للمواعيد متى كان الميعاد قد بدأ قبل تاريخ العمل بها .

٣ — القوانين المنظمة لطرق الطعن بالنسبة لما صدر من الأحكام قبل تاريخ العمل بها متى كانت هذه القوانين ملغية أو منشئة لطريق من تلك الطرق .

والمادة الأولى بذلك وبذاتها تغني عن المادة الثانية من قانون المرافعات بفقرتيها . فالفقرة الأولى من المادة الثانية التي تقرر أن «كل اجراء من اجراءات المرافعات تم صحيحاً في ظل قانون معمول به يبقى صحيحاً ما لم ينص على غير ذلك » هذه الفقرة يغني عنها صدر المادة الأولى ، وهو غني بقاعدته لعمومها وشمولها إذ هي تقرر كقاعدة عامة مبدأ عدم رجعية القانون الجديد، فما تم من اجراءات وما نظر من دعاوى قبل العمل به يظل على حاله صحيحاً كان أم باطلا ، ويرتب الآثار التي حددها القانون الذى تم في ظله . وقد رأينا أن هذه الفقرة الأولى من المادة الثانية قد أثارت لبساً في التطبيق العملى ، وقيل أن عكس ما تقرره غير صحيح ، بمعنى أن الاجراء الذى يتم باطلا في ظل قانون معمول به يصبح صحيحاً إذا صدر قانون جديد يجعل مثله صحيحاً ، على تقدير أن الاجراء وسيلة لا غاية . وأن الحقوق المكتسبة بالنسبة لبطلان الاجراءات لا يصح أن تؤثر على ذات الحقوق الموضوعية . ورأينا أن الصحيح أن يظل الاجراء الذى تم باطلا على بطلانه لأنه لا يجوز أن يخلق القانون الجديد اجراءات صحيحة من أشتات اجراءات باطلة .

والفقرة الثانية من المادة الثانية التي تقرر أنه «لا يجرى ما يستحدث من مواعيد السقوط الا من تاريخ العمل بالقانون الذى استحدثها «– هذه الفقرة يغني عنها أيضاً صدر المادة الأولى من قانون المرافعات . وهو أيضاً غنى بقاعدته لعمومها وشمولها إذ هى تقرر كقاعدة عامة مبدأ عدم رجعية القانون الجديد . فلا يوقع على الشخص الا ذات الجزاء المقرر في التشريع السارى وقت ارتكاب المخالفة . وهذا شرط أساسى لتوقيع الجزاء تقتضيه البداهة حتى يكون الخصم على بينة من الجزاء وقت حصول المخالفة . وحتى لا يوقع عليه جزاء لم يدر بخلده وقت حصولها . وبالتالى لا يترتب على سريان أى ميعاد حق الخصم أو يسقط حقاً له الا إذا كان على علم – منذ بدء سريان الميعاد – بالأثر المترتب عليه . وأى ميعاد مستحدث – في القانون الجديد – ترتب سقوط حق أو لا يرتبه أو يرتب ما يرتبه من آثار أخرى لا يسرى في حق الخصوم الا من تاريخ العمل بالقانون الجديد .

وبعد . يتبين من الدراسة المتقدمة انه إذا كانت القاعدة الأساسية فيما نحن بصدده أن لقوانين المرافعات الجديدة أثر مباشر فانه يرد عليها نوعين من الاستثناءات . كل استثناء يقوم على اعتبارات تختلف عن الاعتبارات

التى يقوم عليها الاستثناء الآخر . فالاستثناء الأول يتعلق بالأوضاع الاجرائية المكتملة فى ظل القانون القديم ، وهذه يحكمها هذا القانون أعمالا لسيادته ونفاذاً له وتطبيقاً لمبدأ عدم رجعية القانون الجديد ، ما لم ينص القانون الجديد صراحة على غير ذلك . والاستثناء الثانى يتصل بالمراكز الاجرائية الجديرة بالحماية رعاية لمصالح الخصوم أو تحقيقاً لحسن سير العدالة ، وهذه يمتد سريان القانون القديم اليها للأسباب المتقدمة ، على الرغم من أن هذه المراكز لم تثبت فى ظله ، ولم تكون فى ذاتها وضعاً اجرائياً مكتملا .

ومن مقتضى الاستثناء الأول أنه :

١ — إذا صدر حكم فى ظل قانون معين وكان غير قابل للطعن فيه بأى طريق من طرق الطعن أو أصبح كذلك ، فان صدور أى قانون جديد لا يؤثر فى المراكز الاجرائية المكتملة للخصوم ولو جعل مثله قابلا للطعن ، وذلك احتراماً لتلك المراكز الثابتة المكتملة .

٢ — متى صدر حكم فى ظل قانون معمول به فانه يأخذ حكمه من ناحية قابليته للتنفيذ الجبرى بقوة القانون أو قابليته للنفاذ المعجل بقوة القانون أو عدم قابليته له . ولو صدر قانون جديد قبل تنفيذ الحكم يجعل مثله غير قابل للتنفيذ بعد أن كان قابلا له ، أو يجعله قابلا للتنفيذ بعد أن كان غير قابل له . وذلك لأن قابلية الحكم للتنفيذ الجبرى أو عدم قابليته له هى وصف للحكم يولد معه ويولد بمقتضاه مراكز اجرائية مكتملة .

وانما يلاحظ أن الحالة القانونية الناشئة عن مباشرة اجراءات التنفيذ تخضع للقانون المعمول به وقت سريانها — ولو بدأت فى ظل قانون سابق — سواء من ناحية وقف التنفيذ مؤقتاً بحكم المحكمة أو بقوة القانون ، أو من ناحية انقضاء هذه الحالة القانونية . أو من ناحية العوارض والنظم المؤثرة فى سيرها كنظم الايداع مع التخصيص .

٣ — إذا انقضت الخصومة أمام المحكمة قبل العمل بالقانون الجديد سواء بحكم فى موضوعها (ولو كان قابلا للطعن) أو بحكم ينهى اجراءاتها

دون حسم النزاع على اصل الحق ، أو بقوة القانون القديم دون صدور أى حكم كما إذا ظلت مشطوبة المدة الكافية لاعتبارها كأن لم تكن (م ٩١ من القانون السابق وم ٨٢ من القانون الجديد) ، فانه لا يعاد نظر الدعوى فى ظل القانون الجديد ، بل لا يعاد — كقاعدة عامة — نظر الدعوى فى مرحلة التقاضى التى انتهت بصدور حكم فى ظل القانون القديم ، ما لم يطعن فى الحكم وتترتب عليه اعادة نظر النزاع .

٤ — إذا تم اجراء فى ظل قانون معين فانه يأخذ حكمه ، سواء أكان هذا الاجراء من اجراءات رفع الدعوى أم من اجراءات التنفيذ ، وسواء أكان من الاجراءات التى تتم بالاعلان أم تتم بالايداع فى قلم الكتاب أم تتم شفاهة فى الجلسة ، وسواء أكان صحيحاً أم باطلا . ويترتب على الاجراء أثره الذى حدده القانون الصادر فى ظله .

٥ — إذا بدأ الميعاد وانقضى فى ظل قانون معين ، فإن الآثار القانونية التى حددها هذا القانون تسرى ولو صدر بعد انقضاء الميعاد قانون آخر يرتب ثاراً أخرى أو يلغى هذه الآثار أو يعدلها او يلغى الميعاد ، وبذلك احتراماً للمراكز الاجرائية المكتملة فى ظل القانون القديم . ويعمل بهذه القاعدة سواء أكان الميعاد يجب أن يتخلله اجراء أم يسبقه أم يتلوه .

أما الاستثناء الثانى فهو يتصل بأوضاع اجرائية غير مكتملة ، ومع هذا رآها القانون — على ما قدمناه — جديرة بحمايته .

علم التنظيم وعلوم الإدارة

بحث في التعريف بعلم التنظيم وعلاقته بعلوم الادارة الأخرى

للدكتور محمد فؤاد مهنا
استاذ غير متفرغ بكلية الحقوق جامعة الإسكندرية

تمهيد : كان موضوع الاصلاح الادارى من بين موضوعات البحث فى المؤتمر العربى الرابع للعلوم الادارية . وقد ساهمت فى أعمال هذا المؤتمر بتقديم بحث فى هذا الموضوع (الاصلاح الادارى) نشر بمجلة القضاء ببغداد فى العدد الصادر فى كانون ثانى سنة ١٩٦٨ نقلا عن الأصل المقدم للمؤتمر .

كما نشر فى مصر بمجلة العلوم الادارية العدد الثانى من السنة الثامنة (أغسطس سنة ١٩٧٠).

ويتلخص الرأى الذى أعلنته ودافعت عنه فى البحث المذكور فى أن الاصلاح الادارى هو فى حقيقته مسألة تنظيم ادارى وان السبيل إلى تحقيق الاصلاح الادارى — على هذا الأساس — ينحصر فى اقامة الجهاز الادارى فى الدولة على أسس علمية سليمة وتنظيم سير العمل فيه وفقاً لمبادىء وقوانين علم التنظيم Science de L'organisation .

ونظراً لاننا نعيش اليوم فى عصر اتسع فيه ميدان نشاط الدولة وزادت فيه اعباؤها إلى حد فاق كل تصور ، فقد أصبحت الضرورة تقضى بوجوب توفير ادارة علمية سليمة لكل الأجهزة الادارية ولكل المشروعات العامة والخاصة فى الدولة . وتأسيساً على هذا زادت أهمية العلم الذى يرجع اليه فى توفير هذه الادارة العلمية .

وقد كان يكفى أن يقتصر البحث فى سبيل تحقيق هذه الغاية على دراسة مبادىء وقوانين علم التنظيم بوصفه العلم الذى يبحث فى موضوع الادارة العلمية فى المشروعات العامة والخاصة وفى الأجهزة الأدارية فى الدولة الحديثة .

غير أن علم التنظيم ليس – فيما يبدو – هو العلم الوحيد الذى يبحث فى موضوع الادارة العلمية ، وانما توجد بجواره ومعه علوم أخرى تبحث نفس الموضوع .

ومن جهة أخرى فان منهاج الدراسة بالجامعات المصرية كان يتضمن كما هو معروف تدريس مادة اختيارية لطلبة السنة الرابعة بقسم الليسانس باسم «الادارة العامة» ثم تعدل المنهاج فى العام الجامعى ١٩٦٩–١٩٧٠ وأصبحت «الادارة العامة» فى التعديل الجديد مادة اجبارية .

ولا شك أن وجود علوم متعددة أو وجود أسماء ومصطلحات مختلفة تستعمل للدلالة على العلم الذى يبحث فى موضوع الادارة العلمية للمرافق والمشروعات العامة قد يثير الشك فيما يتعلق بتحديد القوانين والمبادىء العلمية التى يتعين الاعتماد عليها فى بناء الأجهزة الادارية فى الدولة وتنظيم سير العمل فيها بطريقة علمية سليمة تكفل تحقيق أهداف التنمية وتوفير أسباب التقدم والازدهار لدول العالم الحديث وبصفة خاصة للدول العربية وغيرها من الدول النامية .

لهذا فقد رأيت أن أعد هذا البحث للنشر بغية تحقيق هدفين :

الأول أن نزيد الأمر ايضاحاً فيما يتعلق بالتعريف بعلم التنظيم (١) وفيما يتعلق بتحديد العلاقة بين علم التنظيم وباقى العلوم التى تبحث فى موضوع الادارة العلمية .

الثانى أن نوضح الحقيقة فى شأن وحدة أو تعدد هذه العلوم .

— ١ —

مظاهر تعدد العلوم التى تبحث فى موضوع الادارة العلمية

فى أمريكا يجد الباحث فى موضوع الادارة العلمية أمامه طائفتين من المؤلفات العلمية :

(١) راجع لنا البحث السابق الاشارة اليه فى موضوع الاصلاح الادارى المنشور بمجلة القضاء السنة الثالثة والعشرون – العدد الأول .

الأولى تحمل عنوان «الإدارة العامة» public Administration (١).

والثانية تحمل عنوان «الإدارة العلمية» Scientific Management (٢).

وفى فرنسا يجد الباحث امامه كذلك نوعين من المؤلفات :

الأولى تحمل عنوان «التنظيم (٣)» Organisation أو تتحدث عن علم التنظيم Science de L'organisation دون أن يكون اسم العلم ظاهراً فى عنوان الكتاب(٤) :

والثانية تحمل عنوان العلم الادارى أو علم الادارة Science administrative(٥).

وفى سويسرا وفى جامعة جنيف بالذات القى Pasdermadjian . دروسه فى علم التنظيم ونشرها بعد ذلك سنة ١٩٤٧ فى كتابه السابق الاشارة اليه .

وقد كان لتعدد المؤلفات التى تبحث فى موضوع الادارة العلمية فى

---

(١) المؤلفات التى تحمل هذا الاسم عديدة فى أمريكا نذكر منها على سبيل المثال :

Leonard white : Introduction to the study of public admmistration 4th ed 1954.

(٢) أنظر كتاب Toylor .مؤسس علم التنظيم بعنوان :

Principles of Scientific management 1947

(٣) أنظر :

Chevalier (jean) : Organisation 8eme ed. 1953,

Gaudriault : L'organisation des Travaux adminestatifs 1949

Baratin : Organisation et Methodes dans L'admiditration publique 1963.

Pasdermadjian : Le gouvernement des grandes organisations 1947.

(٤) أنظر المراجع السابق الاشارة اليها .

(٥) Traite de science administrative 1966

اشترك فى تأليفه جمهرة من العلماء الفرنسيين ، وأنظر أيضاً :

Roland Prago : Cours de science Adminidistrative 1966—1967

أوروبا وأمريكا ، وتعدد العلوم التى صنفت باسمها هذه المؤلفات أثر ظاهر فى المؤلفات التى نشرت فى مصر فى موضوع الادارة .

فقد نشرت مؤلفات فى هذا الموضوع تحت عنوان «مبادىء الادارة العامة» (١) و«الادارة العامة» (٢) تناولت موضوع الادارة وفقاً للنهج الذى اتبعه العلماء الأمريكيون فى مؤلفاتهم فى علم الادارة العامة .

ومن ناحية أخرى نشرت بحوث والقيت دروس فى جامعة الاسكندرية تناولت بالدراسة مبادىء وقوانين علم التنظيم وصلاحيتها للتطبيق فى الأجهزة الحكومية والادارية (٣) .

وهذا التعدد الظاهر فى العلوم التى تبحث فى موضوع الادارة يثير التساؤل حول دلالة هذا التعدد ؟ هل نحن حقاً أمام علوم مختلفة متعددة أم اننا أمام علم واحد له صور مختلفة .

وفى محاولة لجلاء الحقيقة فى هذا الموضوع نعرض فى الفقرة التاليةالحقائق الثابتة فيما يتعلق بموضوعات البحث والأساس الذى يقوم عليه البحث فى كل علم من العلوم السابق الاشارة اليها ثم نعرض فى الفقرة الختامية جواباً على التساؤل الذى أثرناه حول وحدة أو تعدد العلم الذى يبحث فى موضوع الادارة العلمية .

---

(١) الدكتور سليمان الطماوى مبادىء علم الادارة العامة ١٩٦٠ .

(٢) الدكتور أبو بكر القبانى : الادارة العامة ١٩٦٨ .

(٣) أنظر لنا درس "الادارة العامة والادارة المحلية" ١٩٦٨ – ١٩٦٩ "كلية الحقوق جامعة الاسكندرية" .

وأنظر أيضا ثلاثة بحوث نشرت بمجلة العلوم الادارية موضوعها على التوالى "الاصلاح الادارى فى ضوء مبادىء علم التنظيم" ، "سلطة القيادة وتنظيمها فى ضوء مبادىء علم التنظيم" "تنظيم سلطة القيادة فى الجمهورية العربية المتحدة" .

وأنظر كذلك البحث المقدم للمؤتمر العربى الرابع للعلوم الادارية وسبقت الاشارة اليه فى التمهيد لهذا البحث.

تحديد موضوعات البحث والأساس الذى يقوم عليه البحث فى علوم الادارة السابق الاشارة اليها

ثمة حقائق ثابتة فيما يتعلق بتحديد موضوعات البحث التى تناولتها العلوم السابق الاشارة اليها والأساس الذى يقوم عليه البحث فى كل هذه العلوم نعتقد انه يمكن فى ضوئها التوصل إلى اجابة صحيحة على التساؤل الذى أثرناه ونعرض لبيان هذه الحقائق فيما يلى :

١ — لاخلاف بين العلماء فى أن علم التنظيم أو علم الادارة أو علم الادارة العامة — أيا كان الأسم الذى يطلق عليه وسواء اعتبرنا هذه العلوم علماً واحداً أو علوماً متعددة — هو فى كل الأحوال علم تجريبى experimentale أساسه الملاحظة والمشاهدة والتجربة واستنباط الحلول والمبادىء والقوانين التى توصل اليها الملاحظة والمشاهدة والتجربة (١) .

٢ — لاخلاف بين العلماء كذلك فى أن موضوع كل من علم التنظيم أو علم الادارة(٢) أو علم الادارة العامة شىء واحد هو «الادارة» أو بعبارة أدق «الواقعة الادارية» fait admidistratif أو عملية الادارة ذاتها .

وفى هذا يقوم Roland Drago فى دروس علم الادارة cours de science admidistrative (٣) ان علم الادارة هو علم اجتماعى science sociale يطبق على الادارة l'administration ، وان الادارة حدث أو ظاهرة

---

(١) Drago : Cours de science administrative 1966—67 P 3 et 4; Traite de science administrative 1966 P 80

وانظر أيضا Pasdermadjian المرجع السابق بالنسبة لعلم التنظيم .

(٢) فضلنا أن نستعمل هذا الاصطلاح فى ترجمة Science administrative

(٣) دروس لطلبة السنة الرابعة لكلية الحقوق بجامعة باريس فى العام الجامعى ١٩٦٦ — ١٩٦٧ .

وان غاية علم الادارة دراسة هذه الظاهرة une donnee, un phenomène واستنباط القوانين الاجتماعية المتعلقة بها (١) .

وفى نفس المعنى يقول Pierre Bandet & Lucien Mehl ان موضوع علم الادارة هو دراسة الواقعة الادارية le fait adminstratif وان الواقعة الادارية هى نشاط activité يرمى لتحقيق أهداف اجتماعية معينة ، ويمارس فى اطار خاص أو نطاق خاص cadre مادى ومعنوى فى نفس الوقت (٢) .

ويعرف هذا أن العالمان الادارة بمعناها الضيق بأنها جمع وسائل ووضعها موضع التنفيذ بغية الوصول لنتيجة معينة (٣) .

ويقول Leonard white فى كتابه introduction to the study of public administration ان الادارة العامة تتكون من كل العمليات operations التى تهدف لانجاز وتنفيذ السياسة العامة .

ويقول أيضاً ان الادارة هى رقابة وتنسيق وتوجيه اشخاص عديدين نحو تحقيق بعض الأغراض ، وان المدير Administator — على هذا الأساس — هو الشخص الذى يوجه وينسق ويراقب نشاط الآخرين (٤) .

ويرى العلماء الذين توفروا على دراسة علم التنظيم ان التنظيم هو عملية

---

(١) Drago المرجع السابق ص ٣ ، ٤ .

(٢) Une activite tendant a atteindre certains objectifs sociaux et s'exercant dans un cadre particulier (Traité de science adminiśtatrive 1966 P. 80).

(٣) Une mist en oeuvre, une combinaisn de moyens pour aboutir a un resultat donné''

(المرجع السابق ص ٨٢) .

(٤) "One who directs, coordinates and controls the activity of others''.

(المرجع السابق ص ٢) .

ترتيب وتنظيم وتشغيل (١) وان موضوع هذا العلم هو ادارة المشروعات العامة والخاصة واستخدام الأسلوب التجريبي فى ادارة هذه المشروعات وتوجيه سير العمل فى المصانع (٢) .

٣ — ان علم التنظيم نشأ أصلا فى محيط الصناعات الخاصة ، وان مبادئه وقوانينه والأساليب العلمية التى ابتكرها استهدفت أصلا النهوض بالصناعات الخاصة وتحسين أساليب العمل فيها .

غير أنه يلاحظ مع ذلك أن مؤسسى هذا العلم Taylor فى أمريكا ، Fayol فى فرنسا قد أعلنا وأكدا أن المبادىء والقوانين والأساليب العلمية التى توصلا اليها صالحة للتطبيق أيضاً بالنسبة للدولة والأجهزة الحكومية بوجه عام (٣) وقد قام بعض علماء التنظيم فعلا بتطبيق مبادئ وقوانين علم التنظيم فى تنظيم الدولة والجهاز الحكومى بوجه عام تنظيما علمياً . وقد جعل بعض هؤلاء العلماء موضوع البحث فى مؤلفاتهم تنظيم أجهزة الدولة وفقاً لمبادىء علم التنظيم ، وجعل آخرون موضوع البحث فى مؤلفاتهم التنظيم العلمى للأجهزة الحكومية وغير الحكومية وفقاً لمبادىء علم التنظيم .

نذكر من هؤلاء العلماء Pasdermadjian فى كتابه الذى نشره سنة ١٩٤٧ بعنوان : Le gouvernement des grandes organisations (٤) .

---

(١) "Le fait d'amenager, d'ordonner, d'agencer"
(المرجع السابق ص ٩) .

(٢) يلاحظ أن بعض علماء التنظيم يستعملون اصطلاح حكومة المشروعات بدلا من اصطلاح ادارة المشروعات . أنظر فى ذلك مؤلف chevalier وعنوانه :
" Organisation 1953 Tome 1. " Gouvernement de l'entreprise.
وأنظر أيضا كتاب Pasdermadjian وعنوانه Gouvernement de grandes organesations. ويبدو أن اصطلاح حكومة أوسع دلالة من اصطلاح ادارة وأنه يشمل الوظيفة الادارية بمعناها الواسع ويدخل فى نطاقها أعمال التمويل والصيانة والأمن الخ .

(٣) أشرنا لأقوال هذين العالمين فى البحث الذى قدمناه للمؤتمر العربى الرابع للعلوم الادارية المنشور بمجلة القضاء العدد الأول السنة الثالثة والعشرون .

(٤) هذا الكتاب عبارة عن تكملة وتطوير الدروس التى ألقاها المؤلف بجامعة جنيف بسويسرا سنة ١٩٣٥-١٩٣٦ وموضوعها تنظيم الادارات الكبرى العامة والخاصة .

وقد كشف المؤلف فى خاتمة كتابه عن الصلة بين البحوث والدراسات التى نشرها فى هذا الكتاب وبين مبادىء علم التنظيم التى ابتكرها Taylor(١) بقوله إن المبادىء التى عرضها (فى كتابه) هى صورة من المبادىء التى ابتكرها Taylor لتنظيم العمل منذ نحو خمسين سنة بعد اعدادها لكى تطبق فى نطاق الادارات والمشروعات الكبرى (٢).

ونذكر هؤلاء العلماء أيضاً H. L. Baratin فى كتابه عن التنظيم وطرائق العمل فى الادارة العامة (٣).

فقد خصص المؤلف أول فصل من فصول هذا الكتاب للكلام عن ماهية وحدود التنظيم الادارى (٤). وتحدث فى هذا الفصل عن الحاجة للاصلاح فى نطاق الادارة العامة (٥).

وفى معرض الكلام عن الاصلاح أشار المؤلف إلى التنظيم الادارى l'organisation administrative باعتباره علاجاً لعيوب الجهاز الادارى نشأ فى محيط القطاع الخاص (٦).

ويتبين من افاضة المؤلف بعد ذلك فى شرح دور كل من Taylor ، Fayol فى انشاء مبادئ وقوانين التنظيم الادارى الذى أشار اليه انه انما يقصد بعبارة «التنظيم الادارى» مبادىء وقوانين علم التنظيم التى ابتكرها Taylor ، Fayol (٧).

---

(١) مؤسس علم التنظيم فى أمريكا .

(٢) Une adaptation, au domaine du gouvernement des grandes administrations et entreprises, des principes que Taylor a enoncés (المرجع السابق ص ٢٤٦).

(٣) المرجع السابق .

(٤) "portee et limites de l'organisation administraive" P.12

(٥) "Necessité de reformes dans l'administration publique" (P. 13).

(٦) "un reméde né du secteur privé"

(٧) المرجع السابق ص ٢٨ .

٤ — ان العلماء الذين توفروا على دراسة علم الإدارة (١) واستنباط مبادئه وقوانينه يقصرون هذه الدراسة على الدولة والأجهزة الحكومية . بمعنى أنهم يقصرون بحوثهم ودراساتهم على المبادىء والقوانين التى تطبق فى الأجهزة الحكومية دون غيرها .

وقد يفهم من هذا أن علم الادارة Science administrative هو علم خاص بتنظيم الدولة وانه على هذا الأساس يختلف (له ذاتية متميزة) عن علم التنظيم .

ولكن الحقيقة ان العلماء الذين توفروا على دراسة علم الادارة يعترفون صراحة باهمية مبادىء علم التنظيم بالنسبة للجهاز الادارى فى الدولة ، كما يعترفون بأن علم الادارة ليس علماً مستقلا عن علم التنظيم ، وان علم التنظيم جزء ، بل جزء هام من علم الادارة تطبق مبادؤه وقوانينه فى تنظيم الدولة .

وفى هذا يقول Roland Drago فى دروسه فى علم الادارة :

«ان الادارة العامة فى كل الدول هى بدون شك أهم المشروعات ، ومن الطبيعى أن تطبق بشأنها أساليب البحث والقوانين والحلول العملية التى توصل اليها علوم التنظيم (٢) .

ويقول كذلك ان علوم التنظيم Les sciences de l'organisation : تكون اليوم جزءاً هاماً من علم الادارة une partie considerable de la science administrative .

---

(١) سبق القول بأننا نفضل استعمال اصطلاح علم الادارة فى ترجمة Science adminstative

(٢) "Dans tous les etats l'administration publique est evidement l'entrprise la plus importante et il est normal qu'on lui applique les methodes de recherche, les lois et les solution pratiques apportees par les scienees de L'organisation".

(٣) المرجع السابق ص ١١ .

ويقول Pierre Bandet & Lucien Mehl ان الفكرة الأساسية بالنسبة للادارة هى قبل كل شىء فكرة التنظيم (١) .

٥ – ان أمريكا لا تعرف التفرقة بين المشروعات العامة (الحكومية) والمشروعات الخاصة بنفس الصورة وبنفس الدرجة التى عرفت بها هذه التفرقة فى فرنسا .

ذلك لأنه يوجد فى فرنسا (والدول التى نهجت نهجها) قانون ادارى مستقل عن القانون العادى يحكم السلطات الادارية فى علاقتها بالأفراد والجماعات الخاصة ، وليس لمثل هذا القانون وجود فى أمريكا (وانجلترا) حيث تخضع الدولة والأشخاص الادارية لنفس القانون الذى يخضع له الأفراد والجماعات الخاصة .

كذلك لا تفرق أمريكا – فيما يتعلق بالادارة والتنظيم – بين الدولة والمشروعات الخاصة ، وانما تطبق فى الناحيتين مبادىء وقوانين علم التنظيم التى نشأت فى محيط الصناعات الخاصة .

ومن هنا نشأ الاختلاف بين علم الادارة العامة Public administation فى أمريكا ، وعلم الادارة Science admidistrative فى فرنسا .

ذلك لأن علم الادارة العامة يختلف عن علم الادارة من ناحيتين :

الأولى – ان بحوثه ودراساته وما يتوصل اليه الباحثون فيه من مبادىء وقوانين وان كانت تبدو فى الظاهر وكأنها بحوث ودراسات مستقلة خاصة بالأجهزة الادارية فى الدولة دون المشروعات الخاصة ، إلا أنها فى الحقيقة

---

(١) "L'ideé dominate est avant tout l'idee d'organestation" (Traité de sciece adminstrative المرجع السابق ص ٨٢).

والواقع تشمل مبادىء وقوانين علم التنظيم التى نشأت أصلا فى محيط الصناعات الخاصة (١).

فاذا رجعنا مثلا إلى مؤلف L. White فى علم الادارة العامة (٢) نجده – فى معرض تحديد طبيعة الادارة – لا يفرق بين الادارة فى نطاق الدولة ، والادارة فى نطاق المشروعات الخاصة ، وانما يضع تعريفاً واحداً للادارة يشمل جميع أوجه النشاط العام والخاص دون تفرقة .

فهو يقول ان الادارة عملية مشتركة بالنسبة لكل الجهود الجماعية (٣) . ويقول أيضاً أن فن الادارة هو تنسيق ورقابة وتوجيه اشخاص بقصد تحقيق أغراض معينة . وأن المدير هو الذى يوجه وينسق ويراقب نشاط الآخرين وأنه يوجد مديرون فى كل أوجه النشاط الانسانى باستثناء النشاط الذى يقوم به فرد واحد (٤) .

الثانية – ومن ناحية ثانية يختلف علم الادارة العامة عن علم الادارة من حيث المضمون : فبينما يقتصر مضمون علم الادارة على المسائل والبحوث التنظيمية ، فان علم الادارة العامة يشمل بحوثاً ودراسات تنظيمية وبحوثاً ودراسات قانونية .

---

(١) فى هذا المعنى يقول R. Dvago فى تعليقه على مؤلفات علم الادارة العامة فى أمريكا «أن الرابطة الوثيقة بين البحوث المتعلقة بالادارة العامة وتلك المتعلقة بالادارة الخاصة قد أبعدت عن الاذهان فكرة النفع العام التى يجب أن تستهدفها ابحاث علم الادارة وجعلت من هذا العلم (علم الادارة العامة) فى أغلب الأحيان مجرد علم تنظيم ». (المرجع السابق ص ٢٦) .

(٢) (المرجع السابق).

(٣) "Admidistration is a parocess common to all group efforts"

(المرجع السابق ١)

(٤) "There are administrators in all human activifies exept those capable to be executed by one person (P. 2)

ويرجع سبب هذا الاختلاف إلى عدم وجود قانون ادارى مستقل عن القانون العـــادى فى أمريكا كما هو الحال فى فرنسا والدول نهجت نهجها (١).

٦ — ان بحوث ودراسات علم التنظيم تتناول الوظيفة الادارية بمعناها الواسع وهى تشمل رسم وتحديد السياسة الادارية للمشروع وتنفيذ هذه السياسة (٢) .

وهذا على عكس الحال بالنسبة لعلم الادارة أو علم الادارة العامة ، فانه يبدو أن دائرة بحوثهما ودراستهما تقتصر على الوظيفة الادارية بمعناها الضيق أى الأعمال المتعلقة بتنفيذ سياسة الدولة دون تلك المتعلقة برسم وتحديد السياسة ذاتها (٣).

---

(١) فى هذا المعنى يقول المستشار H. Puget فى تقديم كتاب : R. Gaudriault L'organisation des Travaux administratifs «إن الدول الأنجلوسكسونية لم تكن إلى عهد قريب تعترف بوجود قانون إدارى مستقل وكانت إداراتها الحكومية لاتكاد تختلف — نظريا على الأقل — عن إدارات المشروعات الكبرى الصناعية والتجارية. (المرجع السابق ص ٥).

(٢) لهذا السبب يلاحظ أن بعض علماء التنظيم الذين يكتبو باللغة الفرنسية يستعملون اصطلاح حكومة gouvernement بدلا من اصطلاح ادارة Administration فيقولون حكومة المشروعات بدلا من ادارة المشروعات ويستعمل البعض الاخر اصطلاح Organisation فى نفس المعنى .

اما علماء التنظيم الذين يكتبون باللغة الانجليزية فيستعملون اصطلاح management على أساس ان هذا الاصطلاح فى اللغة الانجليزية له معنى أوسع من اصطلاح ادارة administration لانه يشمل عمليات رسم السياسة وتنفيذها .

ويبدو أنه لايوجد فى اللغة الفرنسية لفظ يقابل لفظ management يؤدى نفس المعنى ولهذا السبب يستعمل فى اللغة الفرنسية اصطلاح Organisation (تنظيم أو اصطلاح gouvernement (حكومة) ليؤدى معنى الاصطلاح الانجليزى management .

(أنظر الأستاذ كمال دسوقى فى التصدير الذى قدم به الترجمة العربية لكتاب لندول أورفيك التى اعدها الأستاذ على حامد بكر بعنوان « عناصر الادارة » وطبعت سنة ١٩٦٥)

(٣) أنظر المراجع السابق ذكرها .

علم واحد أم علوم مختلفة متعددة

فى ضوء الحقائق الثابتة التى عرضناها فيما تقدم يمكن القول بأن علم التنظيم وعلم الادارة وعلم الادارة العامة هي فى جوهرها علم واحد موضوعه الأساسى واحد .

هذا العلم له صور متعددة تختلف باختلاف مجال تطبيقه .

فعلم التنظيم نشأ فى محيط الصناعات الخاصة لكنه كان منذ نشأته صالحاً للتطبيق بالنسبة للدولة والأجهزة الحكومية بوجه عام .

ولهذا السبب تقدمت بحوثه ودراساته منذ انشائه فى خطوات سريعة وامتد نطاق تطبيقه إلى الدولة .

غير أنه يبدو أن هذا العلم فى تطبيقه على الدولة أخذ صورة تختلف عن صورته الأصلية . وذلك لسببين :

الأول : ان تكوين الدولة يختلف عن تكوين المشروعات الخاصة . فبالنسبة للمشروعات الخاصة يجتمع حق القيام بجميع الأعمال وأوجه النشاط التى يتطلبها المشروع فى يد واحدة هى يد صاحب المشروع الذى يكون له بهذه الصفة حق تحديد أهداف المشروع ورسم سياسته وتحديد برامج العمل والقيام بكل أعمال الادارة والتنفيذ .

أما بالنسبة للدولة فانه توجد سلطتان متميزتان . سلطة تختص بتحديد الأهداف ورسم السياسة العامة للدولة ، وسلطة أو سلطات ادارية تتولى الادارة والتنفيذ .

والثانى — والسبب الثانى لاختلاف صورة علم الادارة عن صورة علم التنظيم أن الهدف الذى تتغياه الدولة فى مباشرة نشاطها يختلف عن الهدف الذى يرمى لتحقيقه صاحب المشروع الخاص . لأن الدولة كما هو معروف تعمل للمصلحة العامة بينما يعمل المشروع الخاص لتحقيق الربح لصاحب المشروع بصفة خاصة .

ولهذين السببين ظهرت فى فرنسا صورة مختلفة للعلم الذى يبحث فى موضوع الادارة وهى صورة علم الادارة .

وأهم ما يميز هذه الصورة أن العلماء قصروا بحوثهم ودراساتهم فى علم الادارة على السلطة الادارية أو السلطات الادارية وحدها دون السلطة المختصة برسم السياسة وتحديد الأهداف وهى الحكومة .

كذلك تميزت بحوث ودراسات علم الادارة العامة بأنها اقتصرت على الوظيفة الادارية بمعناها الضيق أى على الوظيفة التى تباشرها السلطات الادارية فى الدولة بمعنى أنها لا تشمل الأعمال المتعلقة بتحديد الأهداف ورسم السياسة العامة وهى التى تتولاها الحكومة .

وفى اعتقادنا أنه لا يجوز قصر دراساتنا فى موضوع الادارة العلمية على السلطة الادارية وحدها وانما يجب أن تشمل هذه الدراسة أيضاً السلطة التى تحدد الأهداف وترسم السياسة العامة للدولة وهى الحكومة .

وقد عرضنا وجهة نظرنا فى هذا الشأن فى اجتماع لجنة الاصلاح الادارى التى عقدت منذ أكثر من سنتين بمقر الجهاز المركزى للتنظيم والادارة برئاسة السيد رئيس الجهاز . وقلنا فى شرح رأينا أن البحث فى الاصلاح الادارى يجب أن لا يقتصر على الجهاز الادارى (الادارة) وانما يجب أن يتناول أيضاً الجهاز الحكومى أى الحكومة بوصفها سلطة قيادة بالنسبة للسلطات الادارية . وعلى سبيل المثال ذكرنا ان البحث فى الاصلاح الادارى يجب أن يتناول الوزارات من حيث عددها ووظيفتها واختصاصاتها فضلا عن تنظيمها الداخلى .

وقد ظهر وقتها ان جو الاجتماع لم يكن ممهداً لقبول هذا النظر .

غير أنه يبدو الآن أن وجهة نظرنا فى هذا الشأن لقيت بعض التأييد .

فقد نشرت مجلة الادارة أخيراً (١) بحثاً للسيد المهندس حلمى السعيد

---

(١) العدد الرابع . أبريل سنة ١٩٧٠ .

رئيس الجهاز المركزى للتنظيم والادارة (١) تحت عنوان «التنظيم الأعلى للدولة فى الجمهورية العربية المتحدة» اشار فيه للجهاز الحكومى وحجمه وتكلم فيه صراحة عن مشكلة التضخم فى حجم هذا الجهاز (الحكومى) بقوله «وتأتى فى مقدمة هذه المشكلات ظاهرة التضخم فى حجم الجهاز الحكومى. فمنذ سنة ١٩٥٢ حتى الآن زاد عدد الوزارات من ١٥ إلى ٢٨ وزارة، وزاد عدد الهيئات العامة من ثلاث هيئات إلى ما يجاوز ٤٠ هيئة. بالاضافة إلى ٤٦ مؤسسة عامة يتبعها ٣٧٢ شركة، ٢٥ محافظة يتبعها عدد من مجالس المدن والمجالس القروية» (٢).

وواضح من هذا الكلام ان السيد المهندس حلمى السعيد يرى ان مثل هذه الموضوعات المتعلقة بتنظيم الحكومة يجب أن تكون موضع دراسة العلماء والباحثين فى تنظيم الدولة.

وفى رأينا أن مبادىء وقوانين علم التنظيم تعتبر أساساً صالحاً يمكن الاعتماد عليه فى تحقيق الاصلاح الادارى فى الدول العربية لا بالنسبة لأجهزة الادارة التنفيذية فقط، وانما بالنسبة للحكومة أيضاً (٣) على أساس أن الحكومة هى فى الحقيقة سلطة قيادة بالنسبة للسلطة الادارية لأنها هى المختصة برسم السياسة وتحديد البرامج التى يعهد للسلطة الادارية بتنفيذها ولأنها هى المختصة كذلك بمراقبة ومتابعة تنفيذ السياسة العامة بواسطة السلطة الادارية.

وفى اعتقادنا ان الاقتصار على اصلاح أجهزة الادارة التنفيذية فى الدولة دون اصلاح أجهزة الحكومة يعتبر اصلاحاً مبتوراً لا يحقق الأهداف التى ينشدها المطالبون بالاصلاح.

---

(١) الآن مستشار السيد رئيس الجمهورية

(٢) مجله الادارة العدد الرابع. أبريل سنة ١٩٧٠ ص ٢٠.

(٣) أنظر فى تأييد الرأى القائل بوجوب الاستعانة بمبادىء وقوانين علم التنظيم فى اصلاح الحكومة أيضا:

Dubois Richard : L'organisation techmique de l'etat 1932
Pasdermajian : Le gouvernement des grandes organisations.

قاعدة إلزامية السابقة القضائية
وأفولها فى القانون الانجليزى الحديث

للدكتور برهام محمد عطا الله
مدرس القانون المدنى بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية
والأستاذ بكلية الحقوق والعلوم الاقتصادية بجامعة الجزائر

مقدمة :

القسم الأول : النظرة التقليدية الى قاعدة الزامية السابقة القضائية .

الفرع الأول : مضمون القاعدة .

الفرع الثانى : الاعتبارات التى ساعدت على تأكيدها .

الفرع الثالث : الأساس النظرى للقاعدة .

خاتمة : أنهيار الأساس النظرى وظهور عيوب القاعدة .

القسم الثانى : الأتجاهات الحديثة والحد من اطلاقية القاعدة .

الفرع الأول : الوسائل الفنية التى استخدمت للتخفيف من اطلاقية الالتزام بالسوابق القضائية .

أولا – وسيلة التفريد أو التمييز .

ثانيا – الأستثناءات الصريحة .

الفرع الثانى : اعلان ١٩٦٦ والعدول الصريح عن الالتزام بالسوابق القضائية .

أولا – الأسباب المباشرة للاعلان

ثانيا – المشكلات الدستورية التى يثيرها .

ثالثا – آثار الإعلان ونطاق أعماله .

يمر القانون الانجليزى (١) حالياً بفترة من التحول والتطور ليس من المغالاة مقارنتها بفترات الاصلاح القضائى التى عاشتها انجلترا فى الربع الأخير من القرن الماضى تحت تأثير كتابات بنتام (٢) .

ولعل أهم مظهر من مظاهر هذا التطور هو العدول عن اتباع قاعدة الزامية السابقة القضائية absolute Precedent أو مايطلق عليها عموماً قاعدة Stare Decisis . وقد تم هذا العدول بأن أصدر مجلس اللوردات House of Lords باعتباره أعلى هيئة قضائية فى انجلترا، اعلاناً خاصاً فى ٢٦ يوليو ١٩٦٦؛ أوضح فيه عزمه على الخروج على ما كان يجرى عليه من الالتزام بما سبق أن قرره من سوابق قضائية فى الماضى وأنه سيرجع عن المبادىء التى يكون قد سبق له تأكيدها إذا بدى أنه من الخير العدول عن هذه المبادىء(٣) .

---

(١) سنقصر دراستنا على القانون الأنجليزى المطبق فى انجلترا England و لن نتعرض لجميع الأنظمة المطبقة فى المملكة المتحدة لبريطانيا العظمى و ايرلندا الشمالية ، و بالتالى فلن نتعرض للنظام القانونى الإسكتلندى و النظام القانونى الايرلندى . أنظر فى الحدود الجغرافية للملكة المتحدة(التى تكون وحدة سياسية دولية) ، ومدى تداخل هذه الحدود وحدود انجلترا من ناحية و بريطانيا العظمى من ناحية أخرى و التى لا تعتبر أى منهما دولة فى مجال القانون الدولى العام :
Robert E. Kirkpatrick, *Initiation au droit Anglais*, Bruxelles. 1964 p. 9.
وهذا القصر يبرره أن دراسة النظامين الايرلندى و الإسكتلندى تتطلب تخصصا معيناً لم تتهيأ له من ناحية ومن ناحية أخرى نجد أن التشابة بين النظام الايرلندى والنظام الأنجليزى يقلل من ضرورة للنقام بدراسة خاصة للنظام السائد فى ايرلندا الشمالية؛ كما أن الأختلاف الجوهرى فى الهيكل وفى وسائل الصياغة الفنية بين النظامين الأنجليزى و الأسكتلندى يجعل من غير السهل عرض مقارنة بينهما نظرا لتأثر النظام الأخير كثيراً بالقانون الرومانى . أنظر المرجع السابق الأشارة اليه .

(٢) أنظر :
Norman S. Marsh, La réforme du Droit en Grande- Bretagne;Quelques Developments récents, *Revune internationale, de Droit comparé*, 1969. pp. 486 — 497.

(٣) هذا هو نص الاعلان الذى قرأه لورد Gardiner وزير العدل، رئيس مجلس اللوردات=

وهذا القرار رغم أنه يمثل انقلاباً حقيقياً من الناحية القانونية، لا يعتبر طفرة فى النظام الانجليزى؛ بل يعتبر نهاية منطقية لتطور القضاء الانجليزى؛ بدأ الاحساس به بعد الحرب العالمية الثانية وجذب الأنظار اليه فى بداية الستينات فى هذا القرن (١). ذلك أن القضاء الانجليزى أضطر تحت تغير

= فى ٢٦ يوليو ١٩٦٦ فى حضرة اللوردات القضاة

Viscount Dilhourne, Lord Reid. Lord Denning, Lord Parker of Waddington of Borth-y-Gest. Lord Hodson, Lord Pearce, lord upjohn Lord Morris and Wilherforce :

"Their Lordships regard the use of precedent as an indispensable foundation upon which to decide what is the law and its applications to individual cases. It provides at least some degree of certainty upon which individuals can rely in the conduct of their affairs, as well as a basis for orderly development of legal rules.

Their Lordships nevertheless recognise that too rigiderad herence to precedent may lead to injustice in a particular case and also unduly restrict the future development of the law.

They propose therefore to modify their present practice and while treating former decisions of this House as normally binding to depart from a previous decision when it appears right to do so.

In this connection they will bear in mind the danger of disturbing retrospectivly the basis on which contracts, settlements of property and fiscal arrangements have been entered into and also the especial need for certainty as to the criminal law".

وقد نشر هذا الاعلان فى (1966) I, *The Weekly Law Reports*. P. 1234

وكذلك تضمنه مقال

A.L.G.,"The abolition of absolute Precedents, in the House of Lords," in *Law Quarterly Review*, Vol. 82, 1966 p. 441.

وأنظر ترجمة فرنسية لهذا الاعلان فى مقال

Gerard Dworkin, un adoucissement de la théorie de Stare decisis à la Chambre des Lords, *Revue International de droit comparé*. 1967, p. 190.

(١) أنظر مقال Dworkin السابق الأشارة اليه ص ١٩٥ .

الظروف الاجتماعية والاقتصاديةوالفكريةوالسياسية ، التي تعرضت لها انجلترا كغيرها من الدول الصناعية المتقدمة[1] ، إلى التخفيف من وطأة قاعدة الالتزام بالسوابق القضائية ؛ بالتضييق من مجال اعمالها : بتقرير استثناءات صريحة لاتطبق فيها القاعدة أو بمحاولة الافلات من الزامية السوابق القضائية باستخدام وسيلة التفريد أو التمييز Distinction كما سنرى . وقد سار القضاء الانجليزى فى هذا السبيل شوطاً كبيراً لدرجة أن أحدى الدراسات القانونية الجيدة التي نشرت قبل صدور اعلان ٢٦ يوليو ١٩٦٦ بثلاثة أشهر[2] انتهت إلى أنه يمكن القول بأن مجلس اللوردات ومحكمة الاستئناف فى انجلترا لم يعودا ملزمين بصفة مطلقة باحكامهما السابقة . لذا كان صدور هذا الاعلان مجرد تأكيد لظاهرة أفول السابقة القضائية الملزمة ، تلك الظاهرة التي بدأت مع تقلد بعض القضاة الانجليز لمناصبهم والذين استطاعوا حينما وصلوا إلى قمة الجهاز القضائى[3] أن يفرضوا رأيهم ويعلنونه صراحة حينما تبينوا من المساوىء التي قد تترتب على الالتزام المطلق بالسوابق القضائية .

ودراسة الأثر العميق لهذا الاعلان تقتضينا أن نتعرف على الكيفية التي كان يتم بها اعمال القاعدة والتكوين التاريخى لها وأن نستقصى الاعتبارات العملية والنظرية التي سهلت اعمال تلك القاعدة التي يعتبرها فقهاء القانون المقارن احدى العلامات المميزة للنظام الانجلو أمريكى .

ودراسة هذه النقاط ستكشف أمامنا بعض الحقائق وتتيح لنا

(١) أنظر حول هذا التطور تحليلا جيدا من الداخل للمجتمع الأنجليزى
Antony Sampson, *Anatomie de l'Angleterre*, Traduit de l'Anglais, Paris. 1963.

(٢) أنظر :
Cross, "Stare Decisis in contemporary England" *Law Quarterly Riview*,Vol. 82. 1966 (N°. april) pp 203-214.

(٣) نقصد الإشارة إلى شخصيتين رئيستين فى الجهاز القضائى الأنجليزى هما Lord Denning و Lord Reid والذى سيذكر تاريخ القانون أنهما لعبا دوراً فى تطوير القانون الأنجليزى لايقل عن الدور الذى قام به Blackstone أنظر لاحقاً الفرع الأخير من القسم الثانى .

أن نميز بين قاعدتين يغلب الخلط بينهما ،أولاهما تتعلق بقدرة القضاء على خلق القواعد القانونية ومدى اعتباره مصدراً من مصادر القانون، وثانيتها وهى موضوع دراستنـــا تتعلق بمدى التزام المحاكم بالسوابق القضائية التى سبق لها اصدارها . وسيظهر لنا أن وجود هاتين القاعدتين على وجه التلازم فى نظام قانونى معين ليس ضرورياً وطبيعياً كما قد يظن بل انهما قاعدتان متنافرتان و إذا تأكدت احداهما فى نظام قانونى فلا يمكن أن يكون للأخرى وجود ، بل سنرى أن الأفول الذى لحق قاعدة الزامية السابقة القضائية يرجع فى أحد أسبابه إلى التأكيد المتزايد على قدرة القضاء على خلق القواعد القانونية (١) .

إزاء نقص الدراسات العربية المتخصصة حول موضوع السابقة القضائية فى القانون الانجليزى فإننا سنضطر لتخصيص القسم الأول من هذه الدراسة لعرض النظرية التقليدية لهذه القاعدة على أن نخصص القسم الثانى للمحاولات المختلفة التى اتبعت للحد من إطلاقية هذه القاعدة

---

(١) أنظر فى قدرة القضاء على خلق القواعد القانونية فى النظام الأنجليزى .

Walfgang Feiedmann, "Limits of Judicial Lawmaking and Prospective overruling," *The Modern Law Review* 1966, vol. 29 No. 6, pp. 593—604.

وهذا المؤلف يقرر بحق أن النقاش يجب أن يتجاوز مشكلة قدرة القضاء على خلق القاعدة القانونيه إلى ما هو أكثر منها تعقيداً وحداثة وخاصة مشكلة حدود هذه القدرة .

القسم الأول

النظرة التقليدية لقاعدة الزامية السابقة القضائية

يقتضى عرضنا للنظرة التقليدية لقاعدة الزامية السابقة القضائية، أن نعرض لمضمونها، والاعتبارات العملية التى سهلت الأخذبها، والأساس النظرى الذى قامت عليه، مبينين فى النهاية ضعف هذا الأساس ووهنه واختفاء الاعتبارات العملية التى سهلت الأخذ به مما أدى إلى ظهور الاتجاهات الحديثة التى أدت إلى أفول القاعدة وحدت من اطلاقيتها .

وستكون دراستنا فى هذا القسم مقسمة إلى ثلاثة فروع :

الفرع الأول : فى مضمون القاعدة . الفرع الثانى فى الاعتبارات العملية التى قامت عليها القاعدة . الفرع الثالث فى الأساس النظرى للقاعدة .

الفرع الأول

مضمون القاعدة

ستكون دراستنا لمضمون قاعدة الزامية السابقة القضائية بياناً لمدلولها، ولتاريخ تقريرها، ونطاق تطبيقها .

(اولا) مدلول القاعدة[1] :

يمكن بطريقة عامة تحديد مدلول قاعدة الزامية السابقة القضائية، بالقول بأن الجهات القضائية المختصة بنظر نزاع معين، تكون مجبرة على اعطاء هذا

(١) Salmond, Jurisrprudence, London 1902, pp. 158—183; Paton, A Text-Book of Jurisprudence oxford, pp. 179 — 195; Halsbury's Laws of England, vol XIX, P. 256 V° judgments and orders; Marc Ancel, La Common Law d'Argleterre, Paris 1927, p. 154 et S.. Levy-VLL mann, Le sytème juridique de l'Angleterre Paris 1928.

النزاع ، ذات الحل الذى أعطى فى الماضى لنزاع مشابه له ، ومقتضى ذلك أن المحاكم عندما ترفع أمامها دعوى معينة فانها بعد أن تقوم بعملية تكييف وقائعها وتتجه إلى البحث عن القاعدة القانونية التى تحكم هذه الوقائع ، تلتزم ، إذا وجدت أن المحاكم سبق أن عرض عليها دعوى تتفق وتكييف وقائع الدعوى المعروضة أمامها ، أن تعطى وقائع الدعوى المعروضة نفس الحل الذى طبق على وقائع الدعوى السابقة . هذا هو معنى القول بالزامية السابقة القضائية ، وسنعرف فيما بعد شروط إعمال قاعدة الزامية السابقة القضائية ؛ ولكن يجب التنبيه منذ الآن إلى وجود نوعين من السوابق القضائية فى النظام الانجليزى يتصف نوع واحد منها بالزاميته .

فهناك ما يسمى بالسوابق القضائية الملزمة Binding Precedent وما يمكن أن نسميه بالسوابق القضائية الاستئناسية أو الهادية والتى ترجمت أحياناً بالأحكام المرشدة (١) Persuasive Precedent .

فالسوابق القضائية الملزمة وهى التى نشير اليها حين نورد اصطلاح السابقة القضائية مجرداً عن كل وصف ؛ هى التى لا انفكاك للمحاكم ولا سلطان لها ولا قدرة لها على الخروج عليها ، فى ظل النظرة التقليدية إذا توافرت شروطها .

أما السوابق القضائية الاستئناسية Persuasive Precedent فهى الأحكام التى ليس لها سوى قوة أدبية تبعاً لقدرتها على التأثير فى القضاة حين يتعرضون لحسم نزاع معين . فالمحاكم ليست ملزمة بالأخذ بما جاء فى هذه

(١) أنظر ترجمة الدكتور محمد لبيب شنب لكتاب المدخل إلى النظام القضائى فى الولايات المتحدة ، القاهرة ١٩٦٣ ص ٧٠ . وقارن الدكتور جلال العدوى – الأجبار القانونى على المعاوضة رسالة جامعة الأسكندرية – ١٩٦٠ طبعت سنة ١٩٦٥ ص ٢٧٠ حيث يتكلم عن المصادر القانونية الأقناعية ويمكننا أن نستعير هذا الوصف للأحكام فنكون بصدد سوابق اقناعية .

السوابق وان كانت تستطيع أن تستأنس بها وتهتدى بها، حين يعرض عليها موضوع شبيه بالموضوع الذى صدرت بصدده السابقة القضائية الاستئناسية (٢)

والسابقة القضائية تكون استئناسية حين لا تتوافر شروط إعمالها بالنسبة لمجال تطبيقها ؛ كأن صدرت السابقة من محكمة دنيا وبالتالى لاتلزم المحكمة الأعلى منها درجة ، أو كما هو الحال عندما لا يكون هناك تماثل تام بين الموضوع المنظور أمام المحكمة والموضوع الذى صدرت بصدده السابقة الاستئناسية . أو أن تكون القاعدة التى عبر عنها فى السابقة الاستئناسية قد وردت خارج موضوع الدعوى وذكرها أحد القضاة بطريقة عابرة وهو يعرض للحلول الممكنة للدعوى المنظورة والتى يعبر عنها فقه القانون الانجليزى باصطلاح Obiter Dictum والذى يمكن ترجمته بالكلام العابر أو العرضى . وهو شىء كثير الحدوث فى الأحكام الانجليزية ويعرفه كل من تمرس على مطالعة الدوريات القضائية الانجليزية . وتتمثل مهارة رجل القانون فى انجلترا فى قدرته على التمييز بين ما قيل فى الحكم بطريق عابر أو عارض وهو الجزء الذى يكون السابقة القضائية الاستئناسية والجزء الذى يتصل بموضوع الدعوى وهو الذى يكون السابقة القضائية الملزمة (١) وهذا ما سنراه بالتفصيل فيما بعد .

وترجع القوة الأدبية للسابقة الاستئناسية لشخصية القاضى الذى صدر عنه القول العارض أو العابر ومدى الشهرة التى يتمتع بها فى عالم القانون . وسنعرف فيما بعد كيف أن التمييز بين الـ Obiter Dictum وبين منطوق الحكم ومرونة المعيار الذى اتخذ فى هذا السبيل كان أحد السبل الرئيسية

---

(١) أنظر :
Hood Phillips (0.), *A First Book of English Law* : London, 1960, P. 136.

(٢) Goodhart,Le précedent en droit anglais, in *Le probleme des sources du droit positif*, Archives philosopie,du droit, Paris 1934, pp. 44.

التى استخدمت فى سبيل التحلل من السابقة القضائية الملزمة نفسها الذى أدى فى النهاية إلى أفول قاعدة الزامية السابقة القضائية (١) .

(ثانيا) تاريخ اعمال قاعدة الزامية السابقة القضائية

قد يبدو غريباً القول أن قاعدة الزامية السابقة القضائية ليست بقاعدة قديمة . وقد تزداد الدهشة إذا قلنا أنها لاترجع إلى أبعد من القرن الماضى بل إلى السنوات الأخيرة منه . ذلك أن قاعدة الزامية السابقة القضائية لم تقرر بطريقة صريحة الا فى سنة ١٨٩٨ حين عرضت على مجلس اللوردات أعلى هيئة قضائية فى انجلترا(٢) قضية شهيرة ثارت بين شركة ترام لندن

---

(١) أنظر لاحقاً .

(٢) مجلس اللورداتHouse of Lordsهوأعلى جهة قضائية فى انجلترا (فيماعدا المجلس الخاص بالملكةPrivy council الذى يتمتع بصلاحيات خاصة).فالمجلس اللوردات ترفع جميع الطعون ضد أحكام المحاكم الأخرى حتى ولوكان يطلق على هذه المحاكم اسم المحكمة العليا Supreme Court أو المحكمة العاليةHigh court(أنظرفيما بعد) والمعروف أن مجلس اللورادات هو التشكيل الثانى المكون للبرلمان الإنجليزى مع مجلس العموم House of commons . والأصل أن مجلس اللوردات ينظر بكامل هيئته فى الطعون التى تقدم ضد أحكام المحاكم ، ولكن جرت العادة على أن أعضاء مجلس اللوردات غير القانونيين ينسحبون من الأجتماع حين تنظر هذه الطعون وجرى العمل على تنصيب بعض القضاة الأكفاء ومنحهم لقب « لورد » مدى الحياة وبدون توريث للمنصب حتى يستطيعون الجلوس فى مجلس اللوردات وعلى هؤلاء القضاة اللوردات يقع عبء المهمة الموكولة لمجلس اللوردات باعتباره أعلى هيئة قضائية تماثل محكمةالنقض من بعض الوجوه لا من جميعها . ويرأس اجتماع هؤلاء القضاة اللوردات ،«اللورد المستشار,LORD Chancellor» الذى يعتبر همزة الوصل بين السلطات الثلاثة فى الدولة : أذ هو يشغل منصب رئيس مجلس الوردات منعقداً كهيئة تشريعية ويرأس مجلس اللوردات منعقداً على هيئة قضائية باعتباره أعلى جهة قضائية فى انجلترا ، كما أنه يرأس الجهاز القضائى كله ويعتبر وزير العدل وعلى هذا فانه عضو فى مجلس الوزراء . وهذه الوظائف المتشعبة تجعل اللورد المستشار Lord Chancellor من أهم الشخصيات فى المملكة المتحدة بعد الملكة وأفراد العائلة المالكة ويحصل على مرتب يفوق مرتب رئيس الوزراء ويأتى قبله فى البروتوكول . أنظر

Jean Duhamel & J. Dill smith,*De Quelques piliers des Institutions Britaniques*, Paris, pp. 65 et 5. Spec. p. 67. note 1.

ويلاحظ أن اللورد المستشار يرأس أيضا دائرة المستشارية بالمحكمة العالية . أنظر فيما بعد — وأنظر فى وصف الجهاز القضائى الأنجليزى بالعربية أحمد صفوت، النظام القضائى فى انجلترا، الطبعة الأولى القاهرة ١٩٢٣ .

والمجلس البلدى لهذه المدينة (١). فقد رفع طعن أمام مجلس اللوردات ضد حكم من أحكام محكمة الاستئناف وكان من المعروف أن هذا الطعن الذى زكته محكمة الاستئناف ليس سوى طلباً إلى مجلس اللوردات للتحلل من بعض المبادىء التى سبق له أن قررها فى أحكام سابقة. غير أن المجلس قضى بعدم استطاعته العدول عن المبادىء التى سبق له أن قررها فى أحكام سابقة؛ مقرراً أن هذا الالتزام بالسوابق القضائية يعتبر مبدأ متعلقاً بالمصلحة العامة (٢)

وإذا كانت قاعدة الزامية السابقة القضائية لم تتأكد بصورة صريحة الا فى سنة ١٨٩٨ الا أن ذلك لا يعنى أن هذه القاعدة لم تعمل بطريقة ضمنية قبل ذلك . فمن المحتمل أن يكون القضاء الانجليزى قد احترمها فى الماضى بطريقةأو بأخرى الا أن مؤرخى القانون الانجليزى لم يتفقوا على تاريخ معين يمكن اعتباره بداية لتطبيق فعلى لهذه القاعدة وان كانت وجهة نظر غالبيتهم أنها لا ترجع إلى أبعد من القرن التاسع عشر (٣) . وان رأى البعض أنها

---

(١) London street Tramways Co.*v*. London County Council (1898) A.C. 375,

Hood phillips, op. cit. p. 12 8.

(٢) وقد جاء بأقوال لورد هالزبرى .

"For my own part I am prepared to say that I adhere in terms to what has been said by lordComplbell and assented to by Lord Wenslydols, Lord Cranworth, Lord Chelmsforr and others . That decision of this House after wards, and that it is impossible to raise that question again as it was res integra and could be rearggued, and so the House he asked to reverse its own decision. That is a principle which has been I believe with out any real decision to the contrary, established now for some centuries, and I am therfore of opinion that in this case it is not competent for us to rehear and for councel to argue a question which has been recently decided "

أنظر : Dworking, un adoucissement de la théorie de stare Decisis, Rew. Inter. Dr. Comp. 187, p. 187 note 8.

(٣) أنظر :

Plunknett, *A concise History of the common Law* London,, 1936, p. 312; Kirkpatrich, *Initiation au Droit anglais*, Bruxelles, 1964, p.

ترجع إلى ما بعد الفتح النورماندى مباشرة واختار البعض الآخر الرأى القائل بارجاعها إلى القرن السابع عشر . والجدير بالملاحظة أن مؤرخى القانون الانجليزى يربطون وبحق بين ظهور المجموعات التى تخصصت فى نشر الأحكام وبين القول ببداية ظهور قاعدة الزامية السابقة القضائية . فكما سنعرف فيما بعد يعتبر وجود نظام لنشر الأحكام أحد المتطلبات الرئيسية لظهور قاعدة الزامية السابقة القضائية (١) . ولما كانت انجلترا قد عرفت فى بداية العهد النورماندى ما يعرف بالكتب السنوية (year Books) ثم ظهرت مجموعات الفقيه الانجليزى الأكبر (Coke) فى القرن ١٧ وأخيراً التنظيم الجديد لنشر الأحكام الذى صاحب الاصلاح القضائى فى فى ١٨٧٥ وتكوين مجلس نشر القواعد القانونية The Incorporated council of Law Reporting, فان هناك من الفقه من يحاول أن يرجع تاريخ قاعدة الزامية السابقة القضائية إلى بداية ظهور مجموعة من هذه المجموعات التى خصصت لنشر أحكام القضاء الانجليزى .

فهناك فريق يرجع ظهور قاعدة الزامية السابقة القضائية إلى تدوين الكتب السنوية (year Books) حيث كانت فى رأيه سجلا للأحكام وللإجراءات التى تتم أمام المحكمة ويقدمون قائمة بعدد من الأحكام استند اليها باعتبارها سوابق قضائية فى عهد ادوارد الأول والثانى والثالث (القرن الرابع عشر) (٢) .

= وأنظر أيضا :

Hood Phillips, *A First Book of English Law* p. 143.

ويرى هذا المؤلف أنه إذا كان من الصعب تعيين تاريخ منضبط بدأ فيه عملا التقيد بالسوابق القضائية فأنه يقرر أنه من المؤكد أنه ابتداء من سنة ١٨٥٢ لم يخالف مجلس اللوردات ما سبق له أن قرره فى أحكام سابقة حتى ولو كان يدرك مدى عدم ملاءمة أو عدم عدالة المبادىء التى طبقت فى الأحكام السابقة . أنظر اشارة إلى أحكام مجلس اللوردات فى هذه الفترة

Hood phillips, op. cit. p. 129.

(١) أنظر :

Sir Frederick Pollock. *The Science of case Law, in Jurisprudence and Legal Essays*, selected and introduced by A.L. Goodhart, London, 1962 pp. 169 — 183, et spec p. 173.

(٢) أنظر :

Jenks, *A Short history of English Law*, London, 5th ed. p. 193.

ولكن هذا الرأى قد هوجم بحق من جانب بعض الفقه الذى يقرر أنه من الصعب اثبات أن تدوين الكتب السنوية كان يفرض استخدام الأحكام الوارده بها على أنها سوابق قضائية إذ لاينكر أحدالآن أن الغرض الأساسى من الكتب السنوية كان تعليم الطلاب اجراءات التقاضى . يضاف إلى ذلك أنه يندر أن توجد بهذه الكتب السنوية اشارة إلى حكم سابق يرد على أنه سابقة قضائية ملزمة . ويشيرون إلى ما حدث فى سنة ١٣٤٥ (أى فى عصر الكتب السنوية) فى عهد ادوارد الثالث من أن شخصاً خاطب أحد القضاة قائلا أنه سيكون من الصعب معرفة القانون إذا لم يتبع القضاة ما سبق أن قرره اسلافهم؛ فرد عليه القاضى مقرراً أن القانون العمومى (Common Law)(١) خاضع لتقدير القضاة (٢) ولعل قول هذا القاضى يمثل وجهة النظر الحقيقية لقضاة ذلك العصر، والذين كانوا يستندون إلى العقل والاحساس السليم فى تأسيس أحكامهم، أكثر من استنادهم إلى السوابق القضائية .

وهناك فريق يرى أنه فى غيبة واقعة محددة تبين تاريخ ظهور قاعدة السابقة القضائية الملزمة فانه من المعقول أن يرد الأصل الحقيقى لهذه القاعدة إلى ظهور مجموعات كوك (Coke) الثمينة التى جمعت أحكام المحاكم الانجليزية فى القرن ١٧ وبوبتها مما كان بداية لمعرفة حقيقية لهذه الأحكام واحترامها كسوابق قضائية ومحاولة عدم الخروج عليها (٣)

على أنه رغم ما كان لمجموعات كوك من أثر فى التعرف على أحكام المحاكم الانجليزية ، الا أنه لا يمكن اعتبارها بداية حقيقية لقاعدة الزامية

---

(١) ترجمنـــا Common Law بالقانون العمومى مفضلين تلك الترجمة على الترجمات الأخرى وقد جال بخاطرنا لحظة أن نترجمها بعبارة قانون العموم .

(٢) أنظر :

Bolland, ***The Year Books,*** **Cambridge 1921, p.17 cite par Levy-ullmann,** ***Le Système Juridique de l'Angleterre,*** **Paris 1928 p. 131.**

(٣) أنظر فى عرض هذا الرأى

Levy-ullmann, op. cit. p. 133.

السابقة القضائية . إذ يجب ألا يغيب عن بالنا ما يقرره مؤرخو القانون الانجليزى، من أن القضاة الانجليز فى القدم، اذا كانوا قد اهتموا بالتعرف على الأحكام السابقة للمحاكم، فذلك لأنهم كانوا يعتبرونها دليلا على وجود عرف مستقر ووسيلة اثبات قوية على وجود قاعدة قانونية معينة(١)؛ ولم يكن فى اتباعهم للأحكام السابقة للمحاكم مصدره الالتزام بقاعدة ما تجبرهم على احترام السوابق القضائية التى اصدرها اسلافهم . وفرق كبير بين هذا وبين ما تفرضه نظرية الالتزام المطلق بالسابقة القضائية، كما ظهرت فى نهاية القرن التاسع عشر وبداية القرن العشرين. فالمحاكم الانجليزية فى العصور الأولى للقانون العمومى لم تكن تسير وراء ما جرت عليه أحكام المحاكم السابقة، إذا اعتقدت أن احترام القواعد التى سارت عليه هذه الأحكام سيؤدى إلى اصدار حكم غير عادل . والأمر على عكس ذلك فى ظل النظرية التقليدية لقاعدة الزامية السابقة القضائية، حيث لم يكن من النادر أن يذكر قاض فى حكمه أنه غير مقتنع بعدالة الحل الذى يطبقه على وقائع القضية المنظورة أمامه ويعلل اصراره على تطبيق هذا الحل غير العادل بوجود سابقة قضائية فى نفس الموضوع يجب عليه اتباعها (٢) .

٣- ومن هنا فاننا نعتقد مع جمهرة الكتاب أن قاعدة الزامية السابقة القضائية لا ترجع إلى أبعد من القرن الماضى وأن الشعور بها قد بدأ يظهر بقوة بعد تنظيم عمليات نشر الأحكام فى مجموعات شبه رسمية لها احترامها لدقتها ، (٣) وظل الأمر كذلك حتى تأكدت القاعدة صراحة فى قضية London street Tramway *V.* London County Council فى ١٨٩٨ كما سبق أن أشرنا (٤) . وإذا كانت هذه القاعدة قد عدل عنها

---

(١) أنظر :

Theodore F.T. Plunknett, A Concise History of the Common Law, London 1936 p. 305.

(٢) نفس المرجع .

(٣) أنظر فيما بعد .

(٤) أنظر ما سبق ص ١٠

فى سنة ١٩٦٦ فاننا نكون بصدد ظاهرة جديرة بالتأمل: تلك التى تتعلق بمحاولة اعتبار وجود قاعدة معينة الخصصية الرئيسية لنظام قانونى معين . فكلنا درسنا فى المطولات والمختصرات والأبحاث الخاصة أن الخصصية الرئيسية للنظام القانونى الانجليزى تتمثل فى وجود قاعدة الزامية السابقة القضائية وأن هذه الخصيصة الرئيسة هى أهم مايميز النظام القانونى الانجليزى عن غيره من النظم القانونية الأخرى . لا شك أن مثل هذا القول يحتاج الآن إلى كثير من التحفظات والتقييدات .

(ثالثا) نطاق تطبيق قاعدة الزامية السابقة القضائية :

إذا كان الأصل هو أن تلتزم كل محكمة بما سبق لها أن أصدرته من أحكام، فان هناك قاعدة أخرى ترجع إلى وجود نوع من التدرج داخل الجهاز القضائى مؤداها خضوع المحاكم الدنيا إلى المحاكم التى تعتبر جهة أعلى منها فى التدرج القضائى . وبهذا نجد أن ما نراه بالنسبة لمبدأ تدرج التشريعات فى بلاد النظم القانونية اللاتينية، له صورة مشابهة بالنسبة لأعمال قاعدة الزامية السابقة القضائية .

فالأحكام التى تصدرها محكمة عليا تلزمها وتلزم جميع المحاكم الأدنى منها مرتبة . ويلاحظ أنه على العكس من ذلك فان المحاكم الأعلى مرتبة لاتلتزم بأحكام المحاكم الأدنى، وان كان لأحكام المحاكم الأدنى — وخاصة إذا كانت تكون قضاء مستقراً — قوة أدبية كبيرة تجعل منها سوابق استئناسية Persuasive precedent (١) فاذا ما أخذت محكمة أعلى بحكم سابقة استئناسية انقلبت تلك السابقة الاستئناسية إلى سابقة ملزمة للمحكمة التى أصدرتها ، وللمحاكم الأدنى منها .

وعلى ضوء هذه القواعد يتحدد مجال اعمال قاعدة الزامية السابقة القضائية فى القانون الانجليزى كالآتى :

---

(١) أنظر سابقاً ماذكرناه بشأن السوابق الأستئناسية

١ — بالنسبة لمجلس اللوردات House of Lords (١) . يلتزم مجلس اللوردات مجتمعاً على هيئة قضائية ، فى ظل النظرة التقليدية ، بالسوابق القضائية التى أصدرها . كما تلزم هذه السوابق محكمة الاستئناف (Court of appeal) والمحكمة العالية High Court بشعبها الثلاث . شعبة منصة الملكة (أو الملك) Queen's (or kings' Bensh Division)

شعبة المستشارية أو العدلية Chancery Division

وشعبة الحسبة والطلاق والبحرية

Brobate, divorce and Admiralty Division

كما تلتزم أيضاً بالمبادىء التى تتقرر فى أحكام مجلس اللوردات ، جميع المحاكم الأخرى الأقل أهمية الموجودة فى انجلترا وان كانت أكثر عدداً ، كمحاكم المقاطعات (Country Courts) .

٢ — بالنسبة لمحكمة الاستئناف Court of appeal ، فانها تلتزم بالمبادىء التى تقررها فى أحكامها السابقة — كما تلزم هذه المبادىء المحكمة العالية High Court بشعبها الثلاث وكذلك المحاكم الأدنى منها .

ولكن لا تلزم أحكام محكمة الاستئناف مجلس اللوردات ولا تقيده ؛ فله أن يخرج عليها. فاذا خرج عليها فان محكمة الاستئناف وغيرها من المحاكم الدنيا تتقيد بحكمه، كما سبق أن رأينا .

ويلاحظ أن محكمة الاستئناف Court of appeal لا تعتبر نفسها ملتزمة بأحكام محكمة الاستئناف الجنائية The court of criminal appeal كما لا تعتبر هذه الأخيرة نفسها ملتزمة بأحكام محكمة الاستئناف (٢).

---

(١) أنظر سابقاً .

(٢) أنظر Hood phillips, op. cit o. 132. والأمثلة القضائية التى يشير اليها . ويشير هذا المؤلف إلى أنه إذا كانت محكمة الأستئناف الجنائية تلتزم عموماً بالسوابق القضائية التى سبق لها تقريرها إلا أنها حدث فى بعض الأحيان عن الالتزام المطلق حين تعلق الأمر بتفسير خاطىء لقاعدة قانونية تتصل بحماية حريات الأفراد. أنظر :

R.V. Taylor (1950) 2K. B. 368 مشار إليه فى المرجع السابق ص ١٣٢ .

٣ – بالنسبة لأحكام المحكمة العالية (High Court) تلتزم المحكمة العالية (١) بأحكامها التى تصدرها وهى منعقدة فى مقرها الرئيسى بلندن كما تلتزم بها المحاكم الدنيا كمحاكم المقاطعات (County court) . ولكنها لا تلزم مجلس اللوردات ولا محكمة الاستئناف. أما الأحكام التى تصدر من المحكمة العالية فى جلساتها خارج لندن فانها تكون غير ملزمة لذات المحكمة كما أن المحكمة إذا انعقدت على هيئة جماعية تضم أكثر من قاض فانها لا تلتزم بالأحكام التى تصدر عن قاض منفرد (٢) .

ويجب ملاحظة أن المحكمة العالية تتكون من شعب ثلاث تختلف فى اختصاصها كما تختلف فى القواعد القانونية التى تطبقها كل من هذه الشعب ، وهى شعبة منصة الملكة ، وشعبة المستشارية أو العدلية ، وشعبة الحسبة والطلاق والبحرية .

والتزام كل شعبة بأحكام الشعبة الأخرى، لم يكن مطلقاً فى يوم من

---

(١) يلاحظ أننا نقصر اصطلاح المحكمة العالية على الـ (High Court) والتى تعتبر فى حقيقة الأمر « المحكمة الأبتدائية » فى انجلترا حتى لا يختلط باصطلاح المحكمة العليا (Supreme Court of Judicature) وتتكون المحكمة العليا من درجتين هما محكمة الأستئناف (Court of Appeal) التى تعتبر محكمة الدرجة الثانية بالنسبة للمحكمة العالية والمحكمة العالية الـ (High Court) والسبب فى تسميتها بالمحكمة العليا (Supreme court of Judicature) بالرغم من أن أحكام المحاكم التى تتكون منها هذه المحكمة العليا يطعن فيها أمام مجلس اللوردات هو أن القانون الذى صدر فى سنة ١٨٧٣ والذى أعاد تشكيل المحاكم الأنجليزية على أسس حديثة أتجه إلى الغاء الالتجاء إلى مجلس اللوردات كجهة قضائية ومن هنا كان من المنطقى أن يطلق على المحكمة الجديدة التى لاتوجد فوقها محكمة بالمحكمة العليا ولكن المشرع الأنجليزى عدل بعد ذلك عن هذا الاتجاه وأعاد قانون ١٨٧٥ (Judicature act 1875) إلى مجلس اللوردات اختصاصه القضائى فأصبح أعلى سلطة قضائية فى انجلترا ولكن لم يلتفت إلى تعديل التسمية التى أطلقت بمقتضى قانون ١٨٧٣ على محكمة الأستئناف والمحكمة العالية من حيث أنهما يكونان المحكمة العليا فى انجلترا . أنظر :
Ernest, LEHR, *Elemcnts de droit civil anglais*, 2°. éd. par Jacques Dumas, T. I. p. L, Paris, 1906.

(١) أنظر : Hood phillips, op-cit p. 133

الأيام، وان كانت كل منها تأخذ فى أعتبارها السوابق القضائية التى قررتها الشعب الأخرى . والقاعدة انه لكى تلتزم شعبة من شعب المحكمة العالية سابقة قضائية معينة يجب أن تكون هذه السابقة قد تقررت أمام نفس الشعبة. فالأحكام التى تصدر من شعبة منصة الملكة تلزم القضاة الذين يجلسون فى هذه الشعبة ولكنها لا تلزم قضاة شعبة العدلية أو المستشارية ويجوز لهؤلاء القضاة عدم مسايرة قضاة شعبة منصة الملكة (١) .

ولا يجب أن يدهشنا هذا الأمر حيث أن التزام كل شعبة من شعب المحكمة العالية بأحكامها السابقة لم يتأكد الا حديثاً وتحت تأثير انشاء محكمة الاستئناف كما سنبين فيما بعد ، وهذا الأمر لم يتقرر أبداً بالنسبة لالتزام كل شعبة من شعب المحكمة العالية بأحكام الشعبة الأخرى .

٤ — بالنسبة لمحاكم المقاطعات Country Courts . تلتزم هذه المحاكم بأحكام مجلس اللوردات ومحكمة الا ستئناف وأحكام الشعب المختلفة للمحكمة العالية ، بل ان الفقه يقرر أن قضاة محاكم المقاطعات يبدون وكأنهم يلزمون أنفسهم بالمبادىء التى ارستها الأحكام التى يصدرها قاض منفرد من قضاة المحاكم العالية (٢) .

وهكذا نجد أن القاعدة هى أن أحكام المحاكم الأعلى تعتبر كأصل عام واجبة الاحترام وتلزم المحاكم الأدنى تبعاً للتدرج السلمى لهذه المحاكم . والواقع ان هذا التسلسل التدريجى للمحاكم الانجليزية قد لعب دوراً كبيراً بجانب بعض العوامل الأخرى فى ارساء قاعدة الالتزام المطلق بالسابقة القضائية فى هذا القرن كما سيبين لنا من دراسة الاعتبارات التى أدت إلى ارساء هذه القاعدة .

---

(١) وحين يخرج قضاةشعبة معينة عن حكم دائرة أخرى يقال لهم أنهم خالفوا «disapproved» أو لم يسايروا « not followed » الحكم السابق . أنظر المرجع السابق الاشارة ص ١٣٤ .

(٢) أنظر : Hood phillips, op. cit. P. 13. 5

الفرع الثانى

الاعتبارات التى ساعدت على تأكيد قاعدة الزامية السابقة القضائية

هناك عوامل عدة ساعدت على التزام القضاة بالسوابق القضائية . بعض هذه العوامل يرجع إلى اعتبارات تاريخية منها اعادة تنظيم القضاء؛ والأخرى اعتبارات نفسية؛ ترجع أساساً إلى تكوين رجال القضاء فى انجلترا؛ بالاضافة إلى الإعتقاد بأن نظام الزامية السابقة القضائية يحقق بعض المزايا العملية .

(اولا) الاعتبارات التنظيمية :

لا ترجع قاعدة السابقة القانونية إلى الماضى السحيق ، بل أنها لا ترجع إلى أبعد من أواخر القرن الماضى كما رأينا . وقد ساعدت على تقريرها بعض التطورات الاجتماعية التى أملت ضرورة تطوير الجهاز القضائى الانجليزى .

فمع ظهور الثورة الصناعية وبداية النظام الحر ، بدأ القانون الانجليزى يتطور فى أحكامه الموضوعية. ليتلاءم مع النظام الوليد الذى بدأ يكتمل شكله فى القرن التاسع عشر . وكان لابد من اعادة تنظيم الجهاز القضائى الانجليزى حتى يقوى على خدمة المجتمع الجديد . وكانت قوانين تنظيم القضاء التى صدرت فى سنة ١٨٧٣ وسنة ١٨٧٥ (Judicature act 1873 — 75) خطوة أساسية فى هذا السبيل . ويعتبر هذا التنظيم الذى أقام قضاء شديد التركز فى العاصمة لندن . أحد الأسباب الهامة التى ساعدت على تأكيد فكرة الزامية السابقة القضائية .

فانشاء محكمة استئناف واحدة فى انجلترا ساعد على أن يكون امام المحاكم الدنيا ، اتجاهاً واحداً تمكنه توجيه قضائها وتوحيده (١) . ورغم أن هذه المحكمة

(١) أنظر :
Theodore F.T. PLUCKNNETT. A concise History of the common Law, 2nd. ed. London. 1936. p. 312.

تشغل درجة وسطى داخل النظام القانونى الا أنها بحكم التقاليد وقلة الطعون التى تقدم ضد أحكامها، تتمتع بمركز قوى (١) . كما أن تطوير مجلس اللوردات كهيئة قضائية أعلى وتخليصه من اللوردات غير القانونيين (Lay Lords) ساعد على أن يرتقى إلى عضويته قضاة ممتازون يعتبرون قدوة من الصعب أن تخالف آراؤها (٢) . كما أن تمركز المحاكم بما فيها المحاكم الابتدائية فى لندن؛ أدى إلى سهولة تكوين رأى عام قضائى يعبر عن وجهة نظر من يتقلدون القضاء؛ وخاصة ان روح الجماعة وتضامنها كانت متغلغلة فيهم، كما سنرى حين ندرس الاعتبارات النفسية التى أدت إلى قيام قاعدة السابقة القضائية

ومن تلك العوامل التى ساعدت على ارساء قاعدة الالتزام المطلق بالسابقة القضائية اعادة تنظيم مجموعات نشر الأحكام وانشاء مجلس يشرف على هذه المهمة (٣) فى سنة ١٨٦٥ . وإذا كان ما يصدره هذا المجلس من مجموعات لايعتبر وثائق رسمية(٤) إلا أنها تعتبر على الأقل مجموعات شبه رسمية لأحكام المحاكم تميزت بدقتها وكانت حافزاً للمجموعات التى تصدر من الهيئات الخاصة إلى أن تضبط بعناية ما تنشره من أحكام . فوجود المنافسة بين مجموعات نشر الأحكام كانت نتيجته ارتفاع مستوى نشر الأحكام . وسهل هذا على

---

(١) فالطعن فى أحكام المحكمة الأستئنافية (Court of appeal) أمام مجلس اللوردات لايجوز إلاإذا سمحت به المحكمة الإستئناف نفسها أو بناء على التماس خاص يقبله مجلس اللوردات. أنظر René David, *Le droit anglais*, Paris, 1965, p. 73

(٢) أنظر : Hood Phillips, First Book, p. 145.

(٣) أنظر : Plunknett, precité p. 312. وهو The Incorporated council of Law Reporting

ويعتبر الفقه أن وجود نظام نشر الأحكام يعتبر أحد المتطلبات الرئيسية لنظام السابقة . أنظر

Sir Frederick Pollock, *A short history of English Law*, in *Jurisprudencs and legal Essays, selcted* and introduced by A. L. Goodhart London 1963 p. 169 — 183 et sper p. 173.

(٤) الدكتور محمد عبد الخالق عمر – وحدة الرأى وتعدده فى الحكم القضائى – مجلة القانون والأقتصاد – ١٩٦٦ – ص ٥٤٣ .

القضاة وعلى المحامين أن يرجعوا بأطمئنان إلى ما سبق اصداره من أحكام . متخذين منها هادياً لهم فى القضايا المعروضة أمامهم . حتى انقلب هذا الشعور بالاحترام للأحكام السابقة ، إلى شعور بضرورة اتباع ما قررته من مبادىء قانونية وعلى ذلك فقد ساعدت هذه التغيرات التنظيمية على تهيئة الأذهان لتقبل الالتزام بالسوابق القضائية،الذى بدأت تمليه الضرورات الاجتماعية والاقتصادية ، حيث كان من مصلحة استقرار التجارة وازدهارها فى مرحلة الرأسمالية الناهضة ان تثبت أحكام المحاكم فى اتجاه معين .

(ثانيا) الاعتبارات النفسية :

إذا كانت الاعتبارات التنظيمية والعوامل الموضوعية لعبت دوراً كبيراً فى المساعدة على تهيئة الاذهان إلى تقبل الالتزام بالسوابق القضائية ، فان عوامل نفسية متعددة ترجع معظمها إلى شخصية القضاة الذين تولوا منصب القضاء فى تلك الفترة سهلت هذه المهمة (١) .

فقد ساعد على انتشار قاعدة السابقة القضائية الملزمة وجود هيئة قضائية واعية بدورها فخورة بوظيفتها ، قادرة على أن تقف على قدم المساواة مع السلطة التشريعية ومع السلطة التنفيذية على السواء . بل وقادرة على أن تأمر هذه الأخيرة بفعل شىء أو الامتناع عن اتيان أمر غير مشروع (٢)

وقد ساعد على استمرار هيبة الهيئة القضائية فى انجلترا انه لم يصل إلى كرسى القضاء سوى من كانوا جديرون بهذا المنصب (٣) كما ساعد هؤلاء

---

(١) أنظر :

J.W. Salmond, Jurisprudence or the theory of the Law, London, 1907, p. 161.

(٢) أنظر :

René David, Le droit anglais ,Paris, 1965, p. 24.

وأنظر كذلك النظام القضائى فى انجلترا تأليف أحمد صفوت السابق الإشارة اليه وبالذات الصفحات ٣١٢ وما بعدها حيث يتكلم عن علاقة السلطة القضائية بالسلطة التنفيذية والسلطة التشريعية .

(٣) واختيار القضاة الأنجليز غريب الى حد ما ، فهم يختارون من بين المحامين الناجحين

القضاة الممتازين محامون اكفاء (١) لم ينسوا أبداً أنهم ينتمون إلى طائفة واحدة (٢) غايتها الاساسية خدمة العدالة والقانون . وهذا الشعور بالانتماء

= والبارزين ذوى الشخصية القوية الذين قضوا فى المهنة خمسة عشر عاما . ومهنة القاضى مهنة فريده فهى آخر المطاف وأعلى درجة يمكن أن يصل اليها الانسان فليس هناك ترقى بعدها وجميع القضاة المعينين فى المحكمة العالية أو محكمة الأستئناف أو مجلس اللوردات سواء . ومرتباتهم عالية جداً وعدد قضاة انجلترا كلها قليل جدا إذ لا يزيدون عن الثمانين .

أنظر فى مركز القاضى الأنجليزى :

Leslie Scarmann, The English Judge, *The Modern Law Revieu* vol. 30 *n*° 1 (1967) pp. pp. 1— 5

وأنظر كذلك فى مدى استقلال هؤلاء القضاة : Kirk Patrick, p.136 et s.

(١) يلاحظ أن نظام المحاماة فى انجلترا يختلف عنه فى بلادنا . ذلك أنه لا يشترط فى المحامى أن يحصل على ليسانس فى الحقوق من الجامعة وإنما لابد أن يتابع الدروس التى تنظمها نوادى القانون (Inns of Law) الأربعة الموجودة بلندن وأن يتناول الطعام بالنادى الذى ينضم إليه مرات معدودة حتى يقبل كمحامى . وهناك ما يقرب من ألفى محام فى انجلترا الآن ويشرف على المنضمين الى كل ناد مجلس صارم يحرص على أن يسود حد أدنى من النزاهة والشرف بين الأعضاء. ويلاحظ أن المحامى الانجليزى لايدخل فى علاقات مباشرة مع العميل أو الخصم وانما هذا الأخير يتصل بالـ (Solicitor) الذى يقوم بوظيفة تشبه تلك التى يقوم بها الـ ' avoué) فى فرنسا وهو الذى يحضر القضية ويقوم بالاجراءات المختلفة ويقوم المحامى بالمرافعة أمام المحكمه فقط .

أنظر : R. David, Le droit anglais, p.40.

(٢) إذ يلاحظ أن القاضى بعد اختياره من بين المحامين ليتولى منصب القضاء لاتنفك صلته بالنادى الذى كان منضما اليه فى الماضى ويظل يتردد عليه ويتناول طعامه فيه مع زملائه القدامى من المحامين وعلى ذلك فالعلاقات الانسانية بين القضاة الأنجليزى والمحامين تختلف تماما عنها فى بلدنا .

وقد كان هذا الواقع أثره فى تطور وإنتشار الأخذ بقاعدة السابقة الملزمة بلا خوف من الآثار الضارة التى قد تترتب اذا وجد بين هيئة القضاء من هم غير أكفاء . وقد لاحظ الفقه بحق أهمية وضرورة أن يكون جميع القائمين على شئون القضاء على مستوى عال من الأمانة والشعور بالمسئولية والذكاء حتى يسود بلا ضرر مبدأ الالتزام المطلق بالسوابق القضائية . ويعبر أندريه تانك عن ذلك بقوله :

"Du même qu'un oeuf pourri gache toute une omelette, de même, il devient impossible de respecter tous les precedents si certains d'entre eux (les juges) fissent-ils rares, sont mauvais"

ويرجع بروفسير تانك سبب عدم انتشار قاعدة الالتزام بالسابقة فى الولايات المتحدة الى عدم وجود جهاز قضائى خال من الشوائب . أنظر :

Tunc, Le droit des Etats Unis, 1964 p. 91.

إلى جماعة واحدة ولد لها بعض المصالح فى أن يصبح القانون طلاسم فنية لا يفهمها غيرهم، كما ولد لديهم احترام الاسلاف ونمى فيهم روح المحافظة على الماضى ، كما جعلهم يقومون بتهيئة خلفهم للسير فى ركابهم بالبحث عن ما تم اصداره من سوابق قضائية (١) . وهكذا يصبح القانون فناً مقفلا على أهله وتصبح قاعدة الزامية السابقة القضائية احدى الوسائل التى تضمن استمرار هذا الوضع .

(ثالثا) الاعتبارات العملية :

ولا شك أن هناك اعتبارا عملياً أساسياً ساعد على الأخذ بمبدأ الزامية السابقة القضائية ، ذلك هو أن النظام الانجليزى ليس مقنناً . فالتشريع ظل حتى بداية هذا القرن لا يلعب دوراً رئيسياً كمصدر للقانون الانجليزى (٢) .

ومن الطبيعى فى ظل نظام قانونى غير مقنن ان تقوم السوابق القضائية بدور رئيسى فيه (٣) .

والالتزام بالسوابق القضائية فى نظام قانونى غير مقنن يساعد على تحقيق اليقين المفتقد، نتيجة لعدم وجود تشريع ينظم العلاقات الاجتماعية وبالتالى يسهل على المتقاضين التنبؤ بموقف المحكمة حين يعرض عليها النزاع ؛ إذ أنهم يتوقعون ان المحكمة ستسير على ما جرت عليه المحاكم الأخرى فى الأحكام المماثلة السابقة (٤) . «فأحكام المحاكم هى القانون فى نظر الناس ، ويحق

---

(١) أنظر :

Goodhart, Le precedent en droit anglais, in Le Problème des sources du droit positif, paris, 1934, p. 44 et surtout note 3.

(٢) أنظر : Goodhart, Le precedent en droit anglais

(٣) نفس المرجع .

(٤) أنظر فى مزايا اليقين والتأكد التى يتميز بها نظام السابقة القضائية الملزمة : (Hood Philips, p. 145. ويلاحظ المؤلف أن الالتزام بالسوابق القضائية فى مثل هذا النظام يضفى عليه طابعا عمليا يجعل منه نظاما قانونيا قائماً على التجربة وليس مرتكزاً فقط على أسس منطقية قد تصطدم أحيانا مع اعتبارات الواقع . كما يترتب على ذلك أيضا اثراء النظام القانونى بل وتضخمه أحيانا من حيث الأحكام التفصيلية التى تزداد بمرور السنين وحيث يترك كل جيل بصماته على القانون . (المرجع السابق ص ١٤٦) .

لهؤلاء أن يتوقعوا أن القاضى الذى يصف شيئاً فى يوم بأنه أبيض لن يصفه فى اليوم التالى بأنه أسود» (١) .

ونعتقد ان هذا الاعتبار العملى كان هو الركيزة الهامة التى قامت عليها قاعدة الالتزام بالسابقة القضائية؛ ولذلك فليس من الغريب، حين كثر الالتجاء إلى التشريع لتنظيم العلاقات الاجتماعية فى العصر الحديث، أن يبدأ نجم هذه القاعدة فى الأفول كما سنرى . إذ تبدو الصعوبات وتظهر التناقضات ويبين القصور، الذى يصاحب تطبيق قاعدة الالتزام بالسوابق القضائية، فى مجتمع تكثر فيه القواعد المكتوبة .

الفرع الثالث

الاساس النظرى لقاعدة الزاميه السابقة القضائية:

أسس الفقه فى القرن التاسع عشر قاعدة السابقة القضائية الملزمة على نظريتين، كانتا فى أوج انتشارهما وهما: نظرية الأثر الكاشف للأحكام عن قواعد القانون العموى ومبدأ عدم افتئات القضاء على السلطة التشريعية، المتمثل فى مبدأ الفصل من السلطات .

(اولا) الاساس الاول نظريه الاثر الكاشف للاحكام عن القانون العمومى :

Thd Declaratory theory of the Common Law ...

ترجع هذه النظرية إلى (Blackstone)(٢) أكبر فقهاء انجلترا الذين أثروا فى تاريخها الحديث نفس التأثير الذى أحدثه بوتييه (Pothier) فى القانون الفرنسى .

---

(١) أنظر الدكتور لبيب شنب – مذكرات فى القانون المدنى المقارن – السابق الإشاره اليه – ص ٣٦ . ويعتبر سير فردريك بولوك أن ميزة التوقع التى تصاحب اتباع السوابق القضائية هى التى تسمح بالتعبير بأن هناك علم السوابق القضائية. The science of case law.

Jurispendence and Legal essay, precite p. 145.

(٢) وقد نشر « بلاكستون » نظريته بين تعليقاته التى نشرها لأول مرة سنة ١٧٦٥ والتى ظهرت آخر طبعة منها فى حياته سنة ١٧٧٨ تحت عنوان :

(commentaries on the Laws of England ...

ويوجد من هذه التعليقات نسخة بمكتبة كليه الحقوق جامعة القاهرة ترجع طبعتها الى سنة ١٨٠٠ وهى التى نشير الى صفحاتها .

ومقتضى هذه النظرية ان القاضى لا يخلق القانون ولا ينشأ بحكمه قانوناً كان غير قائم فى الماضى وانما يقتصر دوره على اعلان القاعدة القانونية التى وجدت منذ زمن بعيد (١) .

ويترتب على ذلك أنه إذا تقرر حكم القانون مرة فى مسألة معينة فيجب على جميع القضاة اتباع هذا الحكم فى المسائل المماثلة . فالقاضى حين يحكم فى قضية معينة مستنداً إلى مبدأ قانونى، لايقوم الا بالكشف عنه، إذ هو موجود منذ الأزل وبالتالى فالقضاة الآخرون حين تعرض عليهم قضية مشابهة يجب عليهم التقيد بما سبق أن قرره القاضى السابق فى الحكم الأول، إلى أن يثبتوا أن هذا الحكم قد أخطأ فى كشفه عن القانون .

ويعبر «بلاكستون» عن وظيفة القضاة هنا بتلك العبارة التى لا تخلو من شاعرية لاعقلانية والتى مؤداها ان القضاة هم أساساً حفاظ القانون والناطقون الأحياءبا لوحى القانونى .

„They are the deposiories of the laws; the living oracles... (٢)

Hood Phillips, op. cit. p. 141. : أنظر

(١) ويرى البعض أنه ربما يرجع أصل هذه النظرية الى أن « وليام الأول » أمر بالحفاظ على القانون الأهلى الخاص بالقبائل الانجلوسكسونية ومن هنا اعتبرت أحكام المحاكم الملكية منذ الفتح النورماندى فى القرن الحادى عشر دليلا على وجود القواعد القانونية التى استخلصتها هذه الأحكام منذ ذلك التاريخ .

(٢) أنظر :

Blackstone, commentairies on the laws of England, T.I, No. 69. p. 68.

وقد أقام بلاكستون نظريته على أسس أربعة (أولا) أن القضاة ملزمون بحسب اليمين الذى يحلفونه بأن يحلو المنازعات التى تعرض أمامهم طبقاً للقانون المطبق فى البلاد (ثانياً) أن معرفة القضاة بالقانون اذا كانت تتأتى نتيجة دراستهم وخبراتهم فأنها تأتى أساساً من تعودهم الطويل على احترام الأحكام التى سبق أن أصدرها أسلافهم من القضاه (ثالث) أن أحكام المحاكم تعتبر وسيلة الاثبات الأساسية أو الدليل الرئيسى على وجود القانون العموى (رابعا) أن هذه الأحكام تسجل وتحفظ فى سجلات رسمية ليمكن الرجوع اليها حين يدق النظر حول مضمون القانون .

ويلاحظ الدارسون للقانون الانجليزى بحق، ان بلاكستون لم يؤيد نظريته بأى دليل مستمد من الفقه أو القضاء ولذا يعتقد ان بلاكستون هو واضع هذه النظرية (١) ، وأن قوة هذه النظرية ترجع إلى أن رجال القانون فى انجلترا تبنوها طيلة القرن التاسع عشر بدون مناقشة حتى تعرض لها الفقه الحديث فقوض أسسها وبين مدى قيامها على افتراضات محضه .

(ثانيا) الاساس الثانى مبدأ الفصل بين السلطات:

رغم اختلاف آلية مبدأ الفصل بين السلطات فى القانون الانجليزى عنه فى قانوننا ، الا أنه استخدم كأساس نظرى لتبرير قاعدة السابقة القضائية الملزمة .

ذلك انه إذا كان مقتضى المبدأ الا تعتدى السلطات الثلاث : التشريعية والتنفيذية والقضائية كل منها على اختصاصات الأخرى ، فان النتيجة الحتمية بالنسبة لموضوعنا هى القول بحرمان القضاء من سلطة التشريع أى بعدم السماح له بأن يخلق القواعد القانونية لأن ذلك سيكون فيه افتئات على اختصاص البرلمان . وقد قيل ان عدم التزام القاضى بالسوابق القضائية يحمل هذا المعنى . لذا كانت المناداة بقاعدة الزامية السوابق القضائية على اعتبار انها خير ضمانة ضد اعتداء القضاة على اختصاص السلطة التشريعية .

ولا يمكن فهم هذه النتيجة الا على ضوء نظرية الأثر الكاشف للأحكام عن قواعد القانون العمومى التى سبق أن عرضنا لها . إذ لما كان الحكم السابق قد كشف القانون القائم والقاعدة الواجبة التطبيق ، فمؤدى ذلك أنه يجب على القضاة التالين ان يطبقوا القانون كما قرره وكشف عنه القضاة السابقون . فاذا سمح القضاة العصريون لأنفسهم بفحص وجهة القضاة السالفين فكأنهم سمحوا لأنفسهم بالخروج على القانون .. بعبارة أخرى كأنهم سمحوا لأنفسهم بأن يعدلوا فى القانون القائم أى اقاموا من أنفسهم سلطة تشريعية . لذا كانت

---

(١) أنظر : « ليفى أولمان » ص ١٢٩ .

Levy-ULLMANN. *Le systeme juridique de l'angleterre*, Paris 1928, p. 129.

قاعدة الالتزام بالسوابق القضائية هى خير وسيلة لمنع القضاة من الافتئات على مبدأ الفصل بين السلطات (١).

ومن هذا يبين أن مبدأ الفصل بين السلطات ونظرية الاعلان الكاشف كانا الأساسين النظريين اللذين أديا إلى رسوخ الاعتقاد فى أن المحاكم لا يجب أن تعدل أو تحيد عما سبق أن قررته من قواعد فى أحكام سابقة. الا أن هذين الأساسين مالبثا أن تعرضا للهجوم من جانب الفقه وكان هذا ايذاناً أيضاً بأفول قاعدة الالتزام المطلق بالسابقة القضائية.

خاتمة : انهيار الأسس النظريه للقاعدة وظهور عيوبها :

إذا كان انتشار هاتين النظريتين طيلة القرن التاسع عشر بين رجال القانون فى انجلترا سبباً فى تأكيد قاعدة الزامية السابقة القضائية، الا أنه ما أن بزغت شمس القرن العشرين حتى تعرضت نظرية الأثر الكاشف للأحكام عن قواعد القانون العموى إلى هجوم من كبار رجال القانون، فتعرض لها بالهجوم أوستين (٢) وسفه منها سالمون (٣) وبدأ تيار فى الفقه يصفها بأنها مجرد افتراض بحت لم يثر إلا فى ذدن بلاكستون وحده. فبينوا كيف ان بلاكستون لم يشر إلى أية وثائق تؤكد نظريته وأنها من نسج خياله (٤).

ثم بينوا كيف أن القضاة يخلقون القاعدة القانونية ولا يكتفون بالكشف عنها وانه إذا كان القضاة لا يظهرون ذلك ولا يعلنونه فذلك ايماناً منهم أن هذه

---

(١) ومن هذا يبين أن ما يقرره الكثير من الفقه فى البلاد اللاتينية من أن القضاء لا يعتبر مصدر القاعدة القانونية إلا فى النظم القانونية التى يسود فيها نظام السابقة القضائية، محل نظر إذ أن الأمر على عكس ذلك تماما. فكما رأينا يرد الالتزام بالسابقة القضائية على أساس أن القاضى لايستطيع أن يخلق القانون. كما أن نظام السابقة القضائية بدأ فى الأفول حقيقة عندما بدأت المناداة بأن القضاء خالق ومنشأ للقواعد القانونية.

(٢) أنظر « ليفى أولمان »، ص ١٢٩.

(٣) ليفى أولمان المرجع السابق نفس المكان.

(٤) أنظر : SALMOND, *jurisprudence*, *op. cit.* 161

خير طريقة لأن تتركهم السلطات الأخرى فى أمان وطمأنينه يستمرون فى عملية خلق القواعد القانونية الجديدة التى تتلاءم مع تطور الحياة الاجتماعية .

وبدأت فكرة خلق القضاة للقواعد القانونية تنتشر أولا بين رجال الفقه ثم بين رجال القضاة وأظهر هؤلاء الآخرون آراءهم فى البداية فى كتاباتهم الفقهية ثم بدأوا يلمحون إلى هذا الدور فى أحكامهم ، وأخيرا طرحوا جانباً نظرية الأثر الكاشف للأحكام عن القانون العمومى (١).

وكان هذا التحول كفيلا بوضع القضاة أمام تناقض رئيسى .

فالدور الخلاق للقضاء فى تكوين القاعدة القانونية لم يعد يتمشى مع الزام القضاء باتباع السوابق القضائية .

إذ كيف تتقيد سلطة معينة نفسها بما سبق أن قررته ؟ ان السلطة التشريعية ذاتها لا تحرم نفسها بالنسبة للمستقبل من تعديل والغاء ما سبق أن قررته فى موضوع معين .

لذا كانت النتيجة المنطقية هى أن يتحلل القضاة من قاعدة الزامية السابقة القضائية، حتى لايظلوا سجناء قاعدة سبق أن وضعوها هم أنفسهم. فما قاعدة الالتزام بالسوابق القضائية الا قاعدة قضائية سبق أن قررها القضاء ولم يصدر بتقريرها أى قانون من السلطة التشريعية (٢) .

---

(١) ويقول « فريدمان » فى أواخر سنة ١٩٦٦ :

"The Blackstonian doctrine of the "declaratory" fonction of the courts, holding that the duty of the court is not to pronounce a new law but to maintain and expound the old one has long been little more than a ghost. ".

Limits of Judicial law-making and prospective overruling, M.L.R., 1966, p. 595.

(٢) أنظر موسوعة هالسبرى .

Halsbury's Laws of England Vol. XIX, p. 256, V° judgemet and orders London 1935

وقد ساعد على انتشار هذه الفكرة ظهور عيوب الالتزام المطلق بالسوابق القضائية . وخاصة أن تطور الظروف الاجتماعية والاقتصادية منذ انتهاء الحرب العالمية الثانية ، أدى إلى اصدار التشريعات العديدة ، وكما هو متوقع لم يتلاءم التطبيق السليم لمبدأ السابقة الملزمة مع التطبيق السليم لهذه التشريعات .

فكما سبق أن رأينا لا تتجلى عظمة وفائدة نظام السابقة القضائية الملزمة الا فى ظل نظام قانونى غير مقنن وعلى العكس إذا وجدت قواعد تشريعية مكتوبة فان نظام السابقة القضائية يعتبر عقبة حينئذ فى سبيل تطوير القانون ذلك أن المحاكم إذا أعطت تفسيراً لنص معين فستظل تبعاً لقاعدة الالتزام المطلق بالسوابق القضائية ملزمة باتباع هذا التفسير حتى ولو تيقنت فيما بعد من عدم ملاءمة هذا التفسير للحاجات المتجددة المجتمع ولا مع تلك التى صدر من أجلها هذا التشريع (١) .

وهكذا كان انهيار الأساس النظرى لقاعدة السابقة القضائية وظهور الآثار السيئة للتقيد المطلق بها، فى ظل نظامقانونى بدأ التشريع يمثل فيه مكاناً كبيراً، كفيلا بالعدول عنها مرة واحدة، الا أن تقاليد القضاء الانجليزى ما كانت لتسمح بالعدول عنها دفعة واحدة . لذا تفنن هذا القضاء فى استخدام وسائل الصياغة القانونية المختلفة فى استبعاد السوابق القضائية التى لم تعد تتمشى

---

(١) انظر مثلا صارخا على ذلك فى قضية

Cartelge V. Jopling (1963) 2, W. L.R. 210

وأنظر فى النتائج التى ترتبت عليها من ناحية الاصلاح التشريعى

Gerarald Dworkin, Limitation act 1963, *M.L. R.* 1964 pp. Ag — 202

وانظر رسالتنا

BORHAM ATALLAH, *Le Droit propre de la victime et son action directe contre l'assureur de la responsabilite automolbile obligatoire*; Etude critique et comparetive des systèmes juridiques de l'Angleterre, de la France, de la R.A.U. et de la Suisse, Paris 1967, p. 50 note 43, et P. 297 not 49.

مع مقتضيات العصر ، حتى وصل الأمر فى النهاية إلى ايجاد استثناءات كثيرة على قاعدة الزامية السابقة القضائية لدرجة يمكن معها القول أن القاعدة أصبحت هى الاستثناء وانه لم يعد هناك فارق بين السوابق الملزمة والسوابق الاستئناسية، وأنه يمكن اعتبارها جميعاً ذات صبغة اقناعية فقط. وكان هذا الوضع — مع وجود بعض الظروف الأخرى — كفيلا بأن يقرر مجلس اللوردات حقه فى العدول عن السوابق القضائية حين يجد أن ظروفاً معينة تفرض عليه ذلك.

وسينضح لنا ذلك فى دراستنا للقسم الثانى الذى نخصصه لمحاولات الحد من اطلاقية قاعدة السابقة القضائية الملزمة .

القسم الثانى

الاتجاهات الحديثة الزامية الى الحد من الالتزام المطلق بالسوابق القضائية

بظهور عيوب الالتزام المطلق بالسوابق القضائية وخاصة ما يترتب عليه من جمود وانعدام العدالة احياناً، اضطر القضاء الانجليزى إلى التخفيف من حدة هذا الالتزام . فلجأ إلى استخدام وسيلة «التميز أو التفريد»، كما اضطر إلى اقرار بعض الاستثناءات الصريحة: ليستطيع القاضى إذا توافرت شروطها ان يفلت من الالتزام بالسوابق القضائية. وتكاثرت هذه الاستثناءات، حتى روى أنه من الخير، العدول صراحة عن الالتزام بالسابقة القضائية . ولتوضيح ذلك نقسم دراستنا فى هذا القسم إلى فرعين الأول يتعلق بدراسة الوسائل الفنية التى استخدمت للحد من اطلاقية الالتزام بالسابقة القضائية ونخصص الفرع الثانى لاعلان مجلس اللوردات الصادر فى سنة ١٩٦٦ والذى أعلن فيه عدم التزامه المطلق بالتقيد بالسوابق القضائية .

الفرع الأول

الوسائل الفنية التى استخدمت فى التخفيف من اطلاقية القاعدة

قد يكون من المفيد أن نبحث أولا طريقة التميز أو التفريد باعتبارها الوسيلة العادية التى استخدمها القضاء الانجليزى فى الحد من الآثار السيئة للالتزام بالسابقة القضائية . ثم نتبع ذلك بدراسة الاستثناءات التى أوردها القضاء على هذا الالتزام .

(اولا) طريقة التفريد او التمييز Distinction :

برع القضاة الانجليز فى استخدام وسيلة التميز أو التفريد لكى يفلتوا من الالتزام بحكم سابقة قضائية معينة حين يجدون انه من غير المقبول تطبيق المبدأ المقرر فى السابقة على القضية المعروضة عليهم . وقد يكون من الواجب

أن نلفت النظر إلى أن هذه الطريقة لا تثبت أهميتها الا فى حالة ما إذا كان القاضى غير مقتنع بعدالة حكم السابقة ويريد أن يخرج عليه . أما إذا كان متفقاً فى الرأى مع حكم السابقة فلن تثور مسألة التمييز أو التفريد ولن يرهق القاضى نفسه فى بيان أوجه الشبه بين القضية المعروضة عليه والقضية التى قررت فيها السابقة .

كيفيه اعمال وسيلة التمييز :

تتلخص هذه الوسيلة فى أن القاضى ينظر أولا فى وقائع النزاع المعروضة أمامه ليرى عما إذا كانت هناك أية واقعة أو أى عنصر لم يكن موجودا فى القضية السابقة التى تقررت بصددها المبادىء القانونية التى يريد استبعادها.

ثم يبحث ثانيا عما إذا كانت هناك واقعة أو عنصراً لم يهتم به القاضى السابق أو لم يكن ظاهراً وواضحاً أمامه حين أصدر الحكم المكون للسابقة (١) فاذا وجد القاضى بعد مقارنة وقائع القضيتين أن هناك خلافاً فى الوقائع؛ فهنا يكون له الحق فى تمييز القضية المعروضة عليه ويحل له الخروج على حكم السابقة القضائية وبالتالى يسمح له بأن يعطى القضية المعروضة أمامه الحل المعقول .

وتعتبر وسيلة التمييز . احدى الطرق التى برع فيها القضاة الانجليز والتى استخدمت كاحدى وسائل تطوير القانون العمومى (Common Law)؛ وخاصة بالتجاء هؤلاء القضاة إلى تلمس أية فروق بين القضية المعروضة عليهم ووقائع قضية السابقة الملزمة وقد ساعدهم على ذلك تفرقتهم التقليدية بين المبدأ الذى اقيم عليه الحكم (ratio decidendi) والأقوال الاستطرادية (obiter dictum) كما أن محاولتهم الحديثة جداً والمؤدية إلى أن الملزم كسابقة قضائية هو الحكم (decision) وليس المبدأ الذى أقيم عليه الحكم (ratio decidendi) سهل لهم عملا استبعاد كل سابقة لا يرتضونها . ودراسة التمييز ليست فى الواقع سوى دراسة وتحليل هذه الفروق .

---

(١) دافيـــــد : David, Le droit anglais, Paris 196؟ p. 21.

١ — التفرقة بين الـ (*Obiter dictum*) والـ (*ratio decidnendi*)

يفرق الفقهاء الانجليز بين نوعين رئيسين من الأسباب التى يوردها القاضى فى حكمه . فمن الأسباب ما يعتبر مبادىء قانونية كانت لازمة لقيام الحكم وتأسيسه ، ومنها ما كان مجرد استطراد من القاضى ، كان يمكنه الاستغناء عنه .

والأسباب أو المبادىء القانونية التى كانت لازمة لقيام الحكم (١) هى التى يطلق عليها (ratio decidendi)(٢) وهى التى تكون فى الفقه التقليدى السابقة القضائية والتى تعتبر ملزمة للقضاة التالين .

أما الأسباب التى ذكرت على سبيل الاستطراد فهى التى يطلق عليها اصطلاح الـ (Obiter dictum) (٣) وهذه الأسباب لم تكن لازمة لصدور الحكم واستبعادها لاينقص تأسيس الحكم تأسيساً سليما وإنما أوردها القاضى على سبيل التزيد بصدد مناقشته لموضوع القضية .

والقاعدة ان المبادىء التى جاء ذكرها على سبيل الاستطراد لا تكون جزءاً من السابقة القضائية ولا تلزم القضاة التالين بها . ولكن فى بعض الأحيان قد تكون لهذه الأقوال الاستطرادية قوة استئناسية وأدبية كبيرة تتناسب مع شهرة القاضى الذى أوردها .

---

(١) أنظر الدكتور لبيب شنب ، القانون المدنى المقارن — خلاصة دروس العام الجامعى ١٩٦٧/٦٦ بحقوق الأسكندرية ، ص ٣٢ .

(٢) وقد عرفت موسوعة هالسبرى الـ Ratio Decidendi بقولهـــا " The *ratio decidendi* may be described as being the general reasons given for the decision or the general grounds on which it is based detached, or abstracted from the specific peculiarities of the particular case which gives rise to the case ", V. *Halsbury's Laws* of *England*, Vol. XIX.tV°. Judgments and orders, London 1935, p. 252 not 1

(٣) طبقاً لقاموس A concise Law Dictionary, Osborn يقصد باصطلاح (Obiter dictum) مجرد ... a saying by the way أى أقوال ذكرت بالمناسبة أو « على الماشى » اذا سمح لنا أن نستخدم هذا التعبير الشائع .

وتعتبر التفرقة بين المبادىء القانونية التى اقيم عليها الحكم ratio decidendi و الـ (obiter dictum) احدى المهارات التى تفوق فيها القضاة والفقه الانجليزيين وعن طريقها قاموا بدور كبير فى التخفيف من اطلاقية الالتزام بالسابقة القضائية .. وكانت وسيلتهم فى ذلك هى أن يضفوا صفة الأقوال الاستطرادية على بعض المبادىء التى اقيم عليها الحكم المكون للسابقة إذا رأوا عدم تطبيق السابقة على وقائع القضية المعروضة عليهم .

الا أن الذى كان له أثر كبير فى تسهيل تمييز القضايا ما قرره القضاة والفقه أخيراً من ضرورة التفرقة بين الـ (Ratio decidendi) والـ (decision).

٢ — التفرقة بين المبدأ الذى قامت عليه السابقة (Ratio Decidendi) والحكم المكون للسابقة (Decision) :

لم تظهر هذه التفرقة الا حديثاً جداً وفى الستينات من هذا القرن . فعادة كان اصطلاح الـ (Decision) يستخدم كرادف لاصطلاح الـ (Ratio Decidendi) . وكان يقصد بالاثنين المبدأ القانونى الذى أقيم عليه الحكم ويكون كلاهما الجزء الملزم من السابقة (١) .

الا أن بعض الفقه استخلص من حكم لورد (ريد) فى إحدى القضايا الشهيرة

Midland Silicones Ltd. V. Scuttons Ltd. (1962) A.C. 434

انه يفرق بين الـ (Ratio decidendi) وبين الـ (Decision) :

ويقرر الفقيه (Cross) (٢) ان أساس التفرقة بينهما هو فى ان الـ

---

(١) أنظر : (Cross) المقال السابق الإشارة اليه ص ١٢٠ ويلاحظ أن التعبير الذى يجرى أحياناً على أن المحكمة ملزمة بحكم معين (Bound by a decision) يستخدم فى الحالات التى يجب فيها على القاضى حين ينظر القضية المعروضة أمامه أن يصل الى نفس النتيجة التى وصل اليها حكم سابق حاز حجية الشىء المحكوم فيه ومن هنا فاصطلاح الـ (decision) يعبر أحياناً عن قاعدة الـ (res Judicata) (حجية الشىء المحكوم فيه). ويجدر عدم الخلط بين مبدأ الالتزام بالسابقة ومبدأ حجية الأحكام اذ أن حجية الحكم لا تقوم الا بين أطراف نزاع معين بالنسبة لموضوع معين ، أما السابقة فيكفى فيها تشابه الموضوع بين أطراف مختلفين

(٢) المقال السابق ص ٢١١ .

(ratio decidendi of a case) يتحدد على ضوء وقائع القضية التى قدر القاضى الذى أصدر الحكم أنها مهمة فى الدعوى (Material) بينما الـ (decision of a case) فانه يتحدد على ضوء جميع وقائع القضية المهمة منها وغير المهمة .

ولهذه التفرقة أهميتها بالنسبة لسلطة القاضى المعروضه أمامه النزاع المراد البحث عن حل له من تقرير وقائع القضية التى صدرت بمناسبتها السابقة القضائية : لو قلنا ان المحاكم تلزم بالـ (ratio decidendi) فمعنى ذلك أنها تتقيد بما اعتبره القاضى الذى أصدر السابقة مهما من الوقائع ولا تملك حياله أى تقدير . بينما إذا قلنا أن الذى يكون السابقة هو الـ (decision) فان المحكمة التى يعرض أمامها النزاع المشابه للسابقة تستطيع بحرية كاملة تكييف الوقائع التى صدرت بمناسبتها السابقة القضائية واعتبار بعضها مهماً والآخر غير مهم(١).

ويسهل حينئذ على القاضى الذى يعرض عليه نزاع معين أن يجد ما يفرق بين هذا النزاع والنزاع الذى سبق أن صدرت بشأنه السابقة . ذلك أن القاضى يستطيع إذا أراد عدم تطبيق حكم السابقة أن يقرر أن هذا الحكم قد صدر آخذاً فى اعتباره واقعة معينة ليست لها نفس الأهمية فى القضية المعروضة عليه وعن هذا الطريق توصل القضاء الانجليزى فى بداية الستينات من تخفيف حدة الالتزام المطلق بالسوابق القضائية ، وخاصة إذا ربطنا ذلك بالاستثناءات التى تقررت حديثاً على قاعدة الالتزام بالسابقة القضائية .

---

(١) المقال السابق ص ٢١١ . ويلاحظ أن هذا التطور يقضى على كثير مما هو مستقر فى الفقه والقضاء الأنجليزى عن كيفية معاملته الوقائع المهمة فى التطبيق والتى استخلص قواعدها (Godhart) فى مقاله السابق :

Determining The Ratio Decendi of a case in *studying the law* edited by Vanderbit, new York, 1955, pp. 493 — 525,

والتى اسهمت فى اعداد جماهير القانونيين فى بلاد المجموعة الأنجلو أمريكية منذ نشرها لأول مرة فى سنة ١٩٣١ حيث نشرت ضمن مجموعة مقالات للمؤلف فى النظرية العامة للقانون :

Essays in Jurisprudence and the Common Law. Cambridge University Press. 1931.

(ثانيا) الاستثناءات التى تسمح بالخروج عن السوابق الملزمة :

توصل القضاء الانجليزى إلى أن يحدد نطاق الالتزام بالسوابق القضائية التى يصدرها وذلك بتقريره فى عدة أحكام مشهورة (١) الاستثناءات التى إذا توافرت شروطها فانه يمكن للقاضى أن يحلل نفسه من الالتزام بهذه السوابق . وأهم هذه الاستثناءات هى :

١ – حالة صدور الحكم المكون للسابقة بدون تروكاف *Per incurium*

ومقتضى هذا الاستثناء أن المحكمة حين تجد نفسها أمام حكم مكون لسابقة ملزمة تعتقد انه قد صدر مخالفاً لحكم القانون فانها تستطيع أن تحلل نفسها من اتباعه وتطبق حكم القانون دون اعتبار للحكم المكون للسابقة إذ أن شرط اعتبار الحكم مكوناً لسابقة ملزمة هو أن يصدر موافقاً للقانون وبعد ترو وتمعن *Per curium* (١)

ويبرز هذا الاستثناء على أساس أنه إذا كان يشترط فى الحكم الذى

---

(١) وأهم الأحكام التى عرضت لهذه الأستثناءات الحكم الصادر فى قضية :

Young v. Bristol Aeroplane Company. the Law Reports, King's Bench Division (1944) K.B. 718. القضاة:

Lord Greene M.R., scott, Mac kinln, Luxmoote. Goddart and du Percq. L. J J.

والحكم الصادر فى قضية : Browning v. War Office and another (1963)

القضاة: The Law Reports Queens' Bench Division (1963) I Q.B. 750.

Lord Denning M.R, Donouan and Diplock L. J. J.

والحكم الصادر فى قضية : Thomson inspector of Taxes, (1961) v. Moyse A.C. 967. وكان حاضرا

Viscount simonds, Lord Reid,Lord Redclif Lord cahen and Lord Denning

أنظر فى هذه الأحكام :

Cross, Store decisis in contemporary England, L.Q.R. 1966, P. 203, 207 208.

(٢) وقد تقرر الاستثناء فى قضية :

The London Street Tramways company V. The London County council (1898) A.C. 375 (1)

يعتبر سابقة ملزمة أن يكون قد صدر بعد «ترو وتمعن» (١) — (per curiam ودراسة فاحصة ، فان صدور حكم بدون هذا الترو المطاوب بجعله غير ملزم كسابقة قضائية . ويحق للقضاة اللاحقين أن يعدلوا عن المبادىء المقررة به بشرط أن يثبتوا أولا أنه قد أخطأ وأن ما قرره ليس هو القانون (٢) ثم يحكموا وفقاً لما يروه أنه حكم القانون . ويعتبر ان الحكم المكون للسابقة قد صدر بدون ترو كاف إذا كان قد صدر مخالفاً لنص تشريعي أو حتى إذا صدر متجاهلا حكماً سبق اصداره وكان يكون بالتالى سابقة ملزمة (٣) .

٢ — حالة التعارض بين السوابق القضائية (*Conflicting Cases*) :

ومقتضى هذا الاستثناء انه إذا كانت القضية المعروضة أمام القاضي تتشابه فى وقائعها مع وقائع قضيتين اخريتين صدرت فيهما أحكام أسست على مبادىء (rationes decidendi) تتعارض فيما بينها فان المحكمة المعروضة أمامها النزاع لها الحق فى أن تختار من بين هذه المبادىء المبدأ الذى تراه مناسباً لحل القضية (٤) .

تلك القضية التى قرر فيها مجلس اللوردات لأول مرة التزامه المطلق بأحكام السابقة وبالذات على لسان لورد هالسبرى (Lord Halsbury)

(١) أنظر الدكتور لبيب شنب — المذكرات السابق الأشارة اليها — ص ٣٦ .

(٢) المرجع السابق .

(٣) أنظر :

Dworkin article précité, p. 187. Hood Philips, op. cit. p. 129.

ويعتبر الحكم الذى صدر متجاهلا لتشريع موجود معيبا لقيامه على خطأ فى الوقائع (a mistake of fact) ، أنظر فى ذلك :

Carleton Kemp. ALLEN, Law in the Making. Oxford, 4th. ed. 1946, p. 252 note.

(٤) وقد تقرر هذا الأستثناء فى قضية (Young) السابق الإشارة اليها وجاء فيه :

"The Court is entitled and bound to decide which of two conflicting decisions of its own it will follow. ",

وبالذات ص ٧١٩ K.B. 718 (1944) السابق الأشارة اليه .

أنظر : Cross, Stare decisis, L.Q.R. 1966, p. 204, note 5.

ولا شك أن هذا الاستثناء يتداخل مع الاستثناء الأول الخاص بالأحكام التى صدرت بلا تروكاف . بل ويتعارض معه فى بعض الأحيان . وان كانت المحاكم الانجليزية قد جرت على اعتبار هذا الاستثناء قائماً بذاته منذ أمد طويل(١) بل وقد جرى قضاء هذه المحاكم حديثاً على التوسع فى تطبيق هذا الاستثناء (٢)

---

(١) أنظر الأحكام المشار اليها فى :

Dworkin, Rev. Inter. Dr. Com 1967, p. 187.

(٢) أنظر مقال (Cross) السابق الأشارة اليه ص ٢٠٥ حيث يحلل السوابق التى أستند اليها الحكم فى قضية :

(Ross-Smith V. Ross-Smith (1961) p. 39.

حيث قد أتيح لمحكمة الأستئناف أن تختار بين مبدأين متعارضين سبق لها أن قررتهما فى أحكام سابقة متشابهة . وكانت نقطة الخلاف هى فى مدى اختصاص المحاكم الأنجليزية بالنظر فى دعوى بطلان زواج قابل للابطال عقد فى انجلترا ولكن الزوجين لايستوطنانها .

وكانت محكمة الأستئناف قد قررت فى قضية :

(Casey V. Casey (1933) p. 420. انها غير مختصة بنظر دعوى بطلان زواج قابل للابطال أبرم فى انجلترا متى كان الزوجان غير مستوطنين فى انجلترا وأن اقامة المدعى فى انجلترا ليست كافية لأعطاء المحاكم الأنجليزية الأختصاص بنظر الدعوى .

أما فى قضية (Ramsay-Fairfax V. Ramsay Fairfax (1956) p. 115.)

فقد قررت محكمة الإستئناف اختصاصها بنظر دعوى بطلان الزواج سواء عقد الزواج فى انجلترا أم فى غيرها وسواء كان الأدعاء ببطلان الزواج أم بابطاله اذ أنه يكفى لاختصاص المحكمة اقامة الطرفين فى انجلترا .

وحين عرضت على المحكمة قضية (Ross-Smith V. Ross-Smith.) قررت تطبيق الإستثناء الخاص بالسوابق المتعارضه على اعتبار أن قضية (Casey) تتعارض مع قضيه (Ramsay-Fairfa) واختارت أن تتبع الحكم المقرر فى قضية (Ramsay-Fairfax) وقضت على نسقه بأن المحاكم الأنجليزية تختص بأبطال الزواج القابل للابطال إذا كان الزواج قد عقد فى انجلترا وكان المدعى يقيم بها وقت رفع الدعوى .

أنظر فى تحليل هذه الأحكام والتحفظات التى ترد عليها :

مقال (Cross) السابق الاشاره اليه ص ٢٠٥ — ٢٠٦ .

٣ – حالة تعدد الأسباب التى أقيم عليها الحكم :

Cases with more than one ratio

تقرر هذا الاستثناء حديثاً جداً فى بداية الستينات من هذا القرن ، ومقتضاه أن حكم السابقة إذا أقام قضاءه على عدة مبادىء قانونية ، فان للقضاة اللاحقين الحق فى أن لا يتقيدوا بكل هذه المبادىء جميعاً وان يختاروا من بينها المبدأ القانونى الذى يتلاءم تطبيقه مع القضية المعروضة أمامهم (١).

وقد تقرر هذا الاستثناء فى قضية (Browning V. War Office) التى سبق لنا الاشارة اليها ثم تأكد من جديد فى قضية (Holmden's S.T.) التى صدر الحكم فيها فى سنة ١٩٦٦ (٢) .

وهذا الاستثناء يتعارض صراحة مع ما سبق أن تقرر فى قضية (Jacobs V.L.C.) (٣) التى صدر الحكم فيها فى سنة ١٩٥٠ والتى جرى القضاء الانجليزى على اتباع المبدأ الذى تقرر فيه حتى سنة ١٩٦١ (٤) والقاضى باعتبار جميع الأسباب التى يبنى عليها الحكم المكون للسابقة ملزمة للمحاكم فى القضايا المشابهة .

---

(١) "The doctrine is that where a case has several rationes decidendi, a court bound by that case is entitled to choose which ratio decidendi it wil follow.".

أنظر (Cross) فى المقال السابق الإشارة اليه ص ٢٠٨ .

(٢) Holdmen's settllement Trusts (1966) 2 all E.R. 666

ويؤكد فيه لورد داننج (Denning) الذى يعتبر واضع هذا الأستثناء أنه اذا كان أحد الأسباب التى يقوم عليها الحكم غير ضرورى لقيامه فأنه يعد كلاما قيل بصفة عابرة (obiter) dictum ولايلزم القضاء اللاحقين . كما انه اذا قام الحكم المكون للسابقة على سببين وتبين أن احدهما خاطىء فبامكان المحاكم أن تتحلل من هذا السبب ولا تلتزم به .

(٣) (1950) A. C. 361. مشار اليه فى (Cross) المقال السابق ص٢٠٨ ومقال (Dworkin) ص ١٨٨ هامش ٨١٧ .

(٤) أنظر الاشارة الى هذا القضاء فى مقال (Cross) ص ٢٠٨ .

ولا شك أن لهذا الاستثناء الجديد أهميته وخاصة فى بلد جرى فيه القضاة على اصدار أحكام منفصلة (separate judgements) قد تكون متفقة (concuring opinion) (١) ولكنها قد تبنى على أسباب متعددة ومختلفة ؛ وقد تكون متعارضة ، رغم أنهم يصلون إلى نفس النتيجة فى حل النزاع المعروض أمامهم . ويؤدى هذا عملا إلى أنه كلما كثرت الأسباب التى يقوم عليها حكم معين كلما كبرت فرصة الخيار أمام القضاة التالين وقل التزامهم باتباع هذا السبب أو ذاك (٢) ويشير (Cross) (٣) إلى أن هذا الاستثناء الجديد الذى يبدو أن الفقه يؤيده ، سوف يوقع القضاء فى بعض الاشكالات التى لابد وأن توجد لها حلول فى المستقبل . ويضرب مثلا على ذلك ، حالة ما لو كنا أمام حكم سابق (١) صدر من محكمة الاستئناف ويرتكز على عدة أسباب قانونية ١ و ٢ و ٣ وأنه حين عرضت القضية المشابهة (ب) أمام نفس المحكمة اختارت من بين أسباب القضية (أ) السبب (٢) فقط واقامت عليه قضاءها فما هو الحل فيما لو عرضت قضية مشابهة ثالثة (ج) هل تتقيد المحكمة باتباع ما سبق أن قررته فى القضية (ب) أم انها تستطيع أن تختار وأن تقيم قضاءها على السبب رقم (٣) فى القضية (أ) (٥) ؟

٤ — حالة العدول الضمنى من محكمة أعلى عن مضمون السابقة

implied overruling

بمقتضى هذا الاستثناء تتحلل المحكمة من السوابق القضائية التى أصدرتها إذا كان الحل الذى أخذت به فى هذه السوابق قد عدلت عنه ضمناً محكمة

---

(١) أنظر فى تحديد هذه الإصطلاحات مقال الدكتور محمد عبد الخالق عمر فى مقاله : وحده الرأى وتعدده فى الحكم القضائى . مجلة القانون والأقتصاد السنه ٣٦ العدد ٣ ص ٥١٤ — القاهره ١٩٦٦ .

(٢) مقال (Dworkin) ص ١٨٨ .

(٣) المقال السابق الاشارة اليه ص ٢٠٨ .

(٤) حيث يشير الى : Dias, Jurisprudence, 2nd. ed., et P. 42.

(٥) أنظر (Cross) المقال السابق ص ٢٠٨ .

أعلى منها (١) فقد يثبت قضاء محكمة الاستئناف (Court of Appeal) على مبدأ معين تواترت عليه السوابق القضائية التى أصدرتها ثم يأتى مجلس اللوردات فى قضية مشابهة لتلك التى عرضت على المحاكم الاستئنافية فيعدل عن هذا المبدأ المستقر ضمناً.ويلاحظ أن المسألة ستكون سهلة دون اشكالات، لو عدل مجلس اللوردات صراحة وقرر عدم اتباعه لما استقرت عليه أحكام محكمة الاستئناف (٢) ، ولكن الصعوبة الحقيقية فى هذا المجال تكون فى تحديد ما إذا كنا حقيقة أمام عدول ضمنى ؛ إذ أنه يكون من الصعب عادة معرفة ما إذا كان المبدأ الذى قرر فى القضية (د) مثلا قد عدل عنه فى القضية (هـ) التى صدر فيها حكم من محكمة تملك العدول عن المبدأ الذى سبق تقريره فى القضية (د) .

وقد وجد هذا الاستثناء تطبيقاً له فى قضية :

(Browning V. War Office (1963) Q.B. 750

والتى سبق أن أشرنا إلى انها كانت المناسبة لتقرير بعض الاستثناءات التى خففت من حدة الالتزام المطلق بالسوابق القضائية (٣) .

---

(١) وفى هذا المجال يجب عدم الخلط بين عدول (overrule) المحكمة الأعلى عن مبدأ جرت المحاكم الدنيا على اتباعه ، والغاء (revers) المحكمة الأعلى لحكم صدر من المحكمة الدنيا وطعن فيه أمام المحكمة الأعلى المختصة فلم تؤيده المحكمة الأعلى فألغته . أنظر هذه التفرقة فى :

O. Hood Philips' op. cit. p. 140.

حيث يشير الى :

Receiver for Metropolitan Police District V. Croudon Corporation (1957) 2 Q.B. 145.

القضاء : Lord Goddard Horris L.J. and Vaisey J.

(٢) أنظر مقالة (Cross) السابق الاشارة اليه ص ٢٠٦٧ .

(٣) ففى هذه القضية قررت أغلبية محكمة الأستئناف أنه يجب أن يخصم من مبلغ التعويض الذى يستحقه المضرور من المسئول قيمة ما سيحصل عليه من معاش من الجهة التى يتبعها وكان المصاب جنديا أمريكيا قرر له معاش العجز (a disablement pension) . وهذا

٥ — العدول التشريعى عن المبدأ الذى طبقته السوابق القضائية :

(Decisions overruled by statute)

وعدول المحاكم عن مبدأ سبق لها تقريره إذا ماصدر تشريع جديد يتعارض مع هذا المبدأ لا يثير لدينا أية صعوبة نحن الذين نعيش فى ظل نظام مقنن يتقلد فيه التشريع المركز الأول بين مصادر القانون . ولكن فى بلاد القانون العمومى (Common Law) حيث مازال القضاء يحتل مركزاً مرموقاً ، لم يتأكد هذا الحل بحكم قضائى الا فى بداية الستينات من هذا القرن وفى قضية (Thomson V. Moyse (1961 A.C. 967.) (١) السابق الاشارة اليها حيث كانت القضية تتعلق بنزاع ضريبى وكان مجلس اللوردات قد سبق أن أصدر حكمين فى الموضوع المعروض عليه فى القضية ولكن بعد

الحكم خروج صريح على ما سبق أن قررته نفس المحكمة فى قضية :

Payne V. Railway excutive (1952) I.K.B. 56.

والتى رفضت فيها محكمة الإستئناف ان تخصم من مبلغ التعويض المستحق للمصاب قيمة المعاش الذى حصل عليه من البحرية الانجليزية التى كان يعمل فيها . واستندت أغلبية القضاة فى هذا الخروج الصريح على عدول مجلس اللوردات الضمنى عن هذا المبدأ فى قضية :

Gourley V. British Transport (1956)A.C. 185.
Earl Jowitt, Lord Goddard, Lord Keith Lord Radecliffe, Lord Tucher Lordkeith of avonholm and Lord Somervell of Harrow.

والذى قرر فيه مجلس اللوردات انه يجب أن يخصم من مقدار التعويض عن الكسب الفائت المبلغ الذى كان سيدفعه المضرور من ضرائب فيما لو كان حصل على هذا الكسب . انظر فى تحليل هذا القضاء ومدى توسع هذا القضاء فى تطبيقه للاستثناءات التى ترد على الزامية السابقة القضائية

مقال (Cross) السابق الإشارة اليه ص ٢٠٧ حيث يقرر ان حكم مجلس اللوردات فى قضية (Gourley) لم يشر اطلاقاً إلى الحكم الصادر فى قضية (Payne) . كما أن موضوع استنزل المبالغ من التعويض فى قضية (Gourley) بمبالغ كان من المفروض أن يلتزم بها المضرور قبل الغير فيما لو لم يقع الضرر ، بينما المسألة تتعلق فى قضيتى (Payne) و (Browning,) بمبالغ يتعهد الغير بدفعها للمضرور بجانب التزام المسئول بتعويض الضرر الواقع .

(١) مشار اليه فى (Cross) المقال السابق الإشارة اليه ص ٢٠٨ وحيث يقرر ان الاهتداء إلى هذا الإستثناء فى وقت مبكر كان كفيلا بادخار طاقات كثيرة بذلت فى قضايا

صدور هذه الأحكام صدر تشريع يقضى بعكس ما جاء فى هذين الحكمين ؛ وهنا قرر قضاة مجلس اللوردات أن أحكامهم السابقة تصبح غير ملزمة لهم طالما أن هناك تشريعاً جديداً جاء بما يخالفهما (١) .

٦ — حالة السوابق التى تقوم على مبادىء غامضة تتعارض مع أحد المبادىء العامة أو كانت أوسع من اللازم :

هذا أحد الاستثناءات الحديثة التى يرجع الفضل فى تقريرها إلى لورد (Reid) ولورد (Denning) ومقتضى هذا الاستثناء أنه إذا كان الحكم السابق يقوم على مبدأ قانونى (ratio decidendi) وكان هذا المبدأ غامضاً (obscure) أو كان يتعارض مع أحد المبادىء العامة (contrary to principle) أو كان أوسع مما تحتمله وقائع القضية (too wide) فانه يجوز للقاضى الذى يعرض عليه النزاع الا يتقيد بالسابقة القضائية التى قامت على مثل هذا المبدأ .

وقد تقرر هذا الاستثناء فى قضية من أهم قضايا المبادىء فى السنين الأخيرة وهى قضية : (Midland Silicones Ltd. V. Scruttons Ltd.

ويعتبر أوسع الاستثناءات وهو يختلط تماماً مع وسيلة التمييز وتجدر الاشارة الى انه بصددهذا الاستثناء المقرر فى هذه القضية توصل الفقه إلى التفرقة

سابقة كان من السهل حلها على ضوئه كما فى حالة قضية (Derry V. Peek.) التى صدر الحكم فيها فى سنة ١٨٨٩ بينما كان قد صدر تعديل تشريعى قبل ذلك بسنه .

(١) فلورد دينبنج يقرر :

"The decisions have been reversed by Parliament .... and they can no longer be regarded as of binding authority; nor can the reasons on which they were based"

مشار اليه فى مقال (Cross) ص ٢٠٩ .

(٢) (1962) A.C. 446. وقد جاء بحكم لورد لويد :

"There are at least three classes of case where we are entitled to question or limit it :—
first where it is obscure, secondly where the decision itself is out of line

بين المبدأ القانونى الذى أقيم عليه الحكم ratio decidendi وبين الحكم المكون للسابقة Decision وقد سبق أن رأينا الآثار الهامة التى ستترتب على هذه التفرقة بصدد التخفيف من حدة اطلاقية الالتزام بالسابقة القضائية .

الخلاصة:

بعد دراسة الوسائل التى استخدمها القضاء الانجليزى للافلات من الالتزام بالسوابق القضائية قد يكون من المناسب أن نعرض لما وصلت إليه قاعدة الالتزام بالسابقة القضائية قبيل صدور الاعلان الذى أباح لمجلس اللوردات الخروج صراحة على أحكامه السابقة .

وقد قام أحد الثقات فى موضوع السوابق القضائية وهو (كروس) بنشر مقال قبل صدور هذا الاعلان بثلاثة أشهر (١) يحدد فيه الوضع الذى وصلت اليه قاعدة الالتزام المطلق بالسوابق القضائية ملخصا موقف القضاة الانجليز تجاه هذه القاعدة كالآتى :

(أولا) إذا كان القاضى لا يجد غضاضة فى تطبيق المبدأ القانونى الذى اقيمت عليه السابقة القضائية على وقائع القضية المنظورة أمامه فما عليه الا أن يطبق ذلك المبدأ ولن تكون هناك مشكلة أوصعوبة غير عادية فى ذلك .

(ثانيا) إذا وجد القاضى نفسه غير راض عن المبدأ القانونى المقرر فى السابقة القضائية فان cross ينصحه بأن يجهل كل ما قيل عن الـ (Ratio decidendi) وما عليه الا أن يجهد نفسه فى أن يصل إلى تمييز

---

with other athorities or stablished principle, and Thirdly when it is much wider than was necessary for the decision so that it becomes a question of how far it is proper to distinguish decision the eariier decisions,

مشار اليه بمقال (Cross) ص ٢١٠ .

(١) وهو المقال الذى اشرنا اليه كثيراً :

Stare decisis in contemprary England.

معقول يستطيع أن يميز به قضيته عن القضية التى صدر فيها المبدأ ولا يهم هنا ما إذا كانت الوقائع قد اعتبرت مهمة فى نظر القاضى أو القضاة الذين أصدروا الحكم المكون للسابقة القضائية .

(ثالثاً) لا يجب أن يعتبر القاضى نفسه ملتزماً بالحكم المكون للسابقة القضائية إذا اقتنع بأن الحكم غامض أو يتعارض مع بعض المبادىء القانونية المستقرة أو أنه أوسع مما يجب . وفى هذه الحالة يكفى أن يلتجأ القاضى إلى تمييز معقول يميز به قضيته عن القضية التى صدر فيها الحكم السابق .

(رابعاً) يستطيع القاضى أن يخرج عن حكم السابقة القضائية حتى بدون أن يستخدم وسيلة «التمييز» اذا اقتنع أن الحكم فى القضية السابقة قد صدر بدون ترو كاف (per incurium) أو أنها تتعارض مع أحكام أخرى صدرت من نفس المحكمة أو أنه قد عدل عن المبادىء التى تضمنتها من محكمة أعلى من المحكمة التى أصدرت الحكم المكون للسابقة أو كان قد صدر تشريع جديد يغدل فى ما احتواه هذا الحكم من مبادىء . وأخيراً إذا تحقق القاضى أن الحكم يقوم على عدة مبادىء قانونية فله أن يختار مبدأ من بين هذه المبادىء يلزم نفسه به دون غيره .

من هذا يبين أن القاعدة التقليدية فى الالتزام المطلق بالسابقة لم يعد منها الا اسمها وانه يمكن القول أنه قبيل صدور اعلان مجلس اللوردات بالعدول عن هذه القاعدة فى حالة الضرورة كانت القاعدة قد دخلت فى دور الافول الحقيقى .

الفرع الثانى

اعلان عدم الالتزام المطلق بالسوابق القضائية

حل عام ١٩٦٦ والاذهان مهيأة للعدول عن ما كان يجرى عليه العمل بالنسبة لقاعدة السابقة القضائية . وكان الخلاف فى التوقع لا يقوم الا بالنسبة للطريقة التى سيتم بها هذا العدول : هل ستقدم حكومة العمال على الغاء مجلس اللوردات وبالتالى تزول أعلى درجة من درجات التقاضى فى انجلترا وهنا تستطيع المحاكم الأخرى أن تفلت من رقابته بالنسبة للالتزام بالسابقة القضائية؟ أم سيصدر قانون من البرلمان يلغى هذه القاعدة العتيقة التى مسخت فى العمل ؟ أم أن مجلس اللوردات نفسه سيصدر حكماً يخرج فيه صراحة على هذه القاعدة التى وضعها لنفسه ؟.

وهكذا كان الجميع يترقب شيئاً ما بالنسبة لقاعدة السابقة الملزمة وان كان الشكل الذى يأخذه هذا الاجراء مجهولا .

وقطع هذا الترقب ، صدور الاعلان الذى أوردناه فى بداية هذه الدراسة فى ٢٦ يوليو ١٩٦٦ والذى أعلن فيه رئيس مجلس اللوردات عزم المجلس على الخروج عن السوابق القضائية التى سبق اصدارها فى الحالات التى يرى فيها ضرورة لذلك وهذا بالرغم من تأكيد مقدمة الاعلان على أن نظام السابقة القضائية يعتبر أحد الأسس التى يقوم عليها النظام القانونى الانجليزى(١).

وصدور هذا الاعلان يثير كثيراً من المشكلات التى لابد أن نتعرض

---

(١) أعتمدنا اساسا فى تحرير هذا الفرع على المقالات الحديثة التى تعرضت للموضوع هى :

A.L.G. "The abolition of the absolute precedent in the House of Lords" L.Q.R. 1966 p. 441, et s.

Gerard Dworkin, un aduncessement de la théorie de stare deciss à la Chambre des lords, Revue Internationale de droit compare, 1967 p. 190 et S.

لها وبالذات لابد من أن نتعرض لبحث مدى دستورية هذا الاعلان ، ثم نبحث النتائج المرتقبة والتى سترتب على صدوره وبعبارة أخرى نطاق التعديل الذى جاء به هذا الاعلان :

وقبل دراسة هذه المشكلات لابد أن نتعرض للأسباب المباشرة التى أدت إلى الاسراع بصدور الاعلان .

(اولا) الاسباب المباشرة لعدول مجلس اللوردات عن تقيده بالسوابق القضائية :

تجمع كتابات الفقه(١) التى تعرضت لاعلان ١٩٦٦ والذىأباح فيه مجلس اللوردات لنفسه أن يخرج على السوابق القضائية إذا وجد مبرراً قوياً لذلك ، على أن تطور القضاء الاسترالى فى السنوات التى سبقت صدور الاعلان كان احد الأسباب الهامة والقوية التى عجلت بصدور الاعلان ، ولذا فيمكن اعتبارها السبب المباشر له .

ذلك أن محاكم استراليا ونيوزيلنده كانت قد أضحت المحاكم الوحيدة تقريباً من بين محاكم دول الكومنولث التى ظلت تلزم نفسها بقضاء مجلس اللوردات البريطانى (٢) .

ولكن المحكمة العليا الاسترالية قد خرجت فى الأربع سنوات الأولى من العقد السادس من القرن العشرين أربع مرات على أحكام مجلس اللوردات وبلغ الأمر برئيس المحكمة العليا الاسترالية أن قرر أن الالتزام المطلق بنظام

---

(١) المقالات السابق الإشارة اليها .

(٢) ولم يكن احترام المحاكم فى دول الكومنولث لأحكام مجلس اللوردات البريطانى راجعاً إلى قاعدة قانونية تلزمها باتباع أحكام هذا المجلس وخاصة ان أحكام هذه المحاكم لم يكن يطعن فيها أمام مجلس اللوردات وانما أمام المجلس المخصوص (Privy Council) . ولكن نظراً لأن قضاة الهيئة القضائية لمجلس اللوردات هم أنفسهم القضاة الذين يتكون منهم المجلس المخصوص فكان هذا دافعاً لمحاكم الكومنولث أن تسير وراء السوابق القضائية التى قررها مجلس اللوردات حتى لا تتعرض أحكامها للالغاء حين تعرض على المجلس المخصوص .

السابقة القضائية يعتبر عملا منافياً لاعتبارات العدالة كما يتمثلها القضاء الاسترالى (١) .

هذا الموقف الخطير من جانب المحاكم الاسترالية كان نقطة التحول الرئيسية التى أدت إلى أن يعقد مجلس اللوردات عزمه على أن يخلص نفسه من قيد الالتزام بالسوابق القضائية حتى لا تحدث فجوة بين أحكامه وأحكام محاكم الكومنولث .

فلكى لا يعزل مجلس اللوردات نفسه عن التيارات القانونية فى دول الكومنولث التى بدأ يهتم بها وان كان بعد فوات الأوان (٢) كان لابد من أن يسمح لنفسه بقدر من الحرية فى تطبيقه للسوابق القضائية ومن هنا كان الاعلان الصادر فى ٢٦ يوليوسنة ١٩٦٦ والذى سمح فيه مجلس اللوردات

---

(١) و كان هذا بصدد قضية (Smith) التى أعطى فيها مجلس اللوردات للقتل تعريفاً جديداً وادخل فيها عنصراً جديداً . أنظر فيما بعد ص ٥٤ هاش ٢ .

(٢) فاهتمام مجلس اللوردات بأحكام محاكم بلا دالكومنولث جديد وجدير بالتأمل ذلك لأنه فى الفترة التى كانت قوة الامبراطورية البريطانية غير مشكوك فيها كان مجلس اللوردات لا يعير أى انتباه إلى أحكام محاكم بلاد الدومنيون التى أصبحت فيما بعد داخلة فى الكومنولث بعد حصولها على الإستقلال . وكانت هذه المحاكم لا تجد غضاضة فى اتباع أحكام مجلس اللوردات .

ولكن مع حركة الإستقلال وزوال سلطان انجلترا على مستعمراتها انشأت فى بعض دول الكومنولث محكمة عليا ولم يعد يسمح برفع الطعون أمام المجلس المخصوص فى لندن .

هنا تغيرت نفسية قضاة مجلس اللوردات إذ بدأوا يحرصون على تقارب وجهات النظر بين أحكامهم وأحكام بلاد الكومنولث بل وبدأوا يأخذون المبادرة فى استضافة قضاه المحاكم العليا فى بلا د الكومنولث وسمحوا لبعضهم فى أن يصبح عضواً فى الهيئة القضائية للمجلس المخصوص .

ولكن كل هذه المحاولات لم تنجح فى توقف التطور الطبيعى نحو استقلال محاكم البلاد المستقلة حديثاً عن أحكام محاكم الدولة التى سادت هذه البلاد . بل ان اقتراح اللورد المستشار «جاردنر» الذى قدم فى اثناء انعقاد المؤتمر القانونى لدول الكومنولث والامبراطوريه الذى عقد فى سيدنى باستراليا فى سنة ١٩٦٦ – فى أن يقيم هيئة قضائية عليا تعتبر محكمة استئنافية متنقلة بين بلاد الكومنولث لم يحظ بأى تحمس من جانب رجال القانون فى استراليا .

انظر : Dworkin, R.J.D.C., 1967, p. 194.

لنفسه فى الخروج على السوابق القضائية إذا وجد مبرراً قوياً لذلك . ويرى الفقه أن وجود اتجاه عام للقضاء فى بلاد الكومنولث فى موضوع معين سيكون دافعاً قوياً لمجلس اللوردات فى أن يخرج عن أحكامه السابقة حتى يتفق مع هذا الاتجاه العام (١) .

(ثانيا) دستورية الاعلان :

من الطبيعى أن يثور التساؤل حول دستورية أو شرعية العدول عن قاعدة السابقة الملزمة . وهذا التساؤل ليس وليد الساعة وليس نتيجة لصدور الاعلان الذى نحن بصدد دراسته . وانما يرجع هذا التساؤل إلى زمن بعيد حيث كان يطرحه باستمرار أولئك الذين آمنوا منذ وقت مضى بعدم ملاءمة قاعدة

---

(١) وفى هذا المجال يظهر بوضوح التماثل فى التطور الذى انتاب قاعدة الزامية السابقة القضائية فى انجلترا وذلك الذى أصابها فى الولايات المتحدة كما يظهر بوضوح أيضاً مدى تأثير الدراسات المقارنة حيث أظهرت مدى التشابه والتعارض والتطور الذى ينتاب قاعدة معينة فى بلاد مختلفة تتبع نظما قانونية متقاربه .

فقاعدة الزامية السابقة القضائية لم تتأكد فى الولايات المتحدة الأمريكية نظراً لوجود النظام الفيدرالى ووجود قضاء مستقل بكل ولاية من الولايات الخمسين بجانب القضاء الفيدرالى . ان الإرتباط بالسوابق القضائية فى مثل هذا النظام الفيدرالى يؤدى حتماً إلى نتائج عملية غير مرغوب فيها وبالذات سيكون عقبة فى سبيل تنسيق القواعد القانونية المطبقة فى الولايات المختلفة . مع أن مقتضيات ازدهار التجارة والمعاملات توجب هذا التوحيد والتنسيق .

وذلك لأنه فى ظل الالتزام المطلق بالسابقة القضائية سيكون من الصعب على محاكم ولاية معينة أن تأخذ بمبدأ تقرر فى محاكم ولاية أخرى إذا كان قد سبق لها أن قررت مبدأ مخالفاً رغم اعتقادها بعدالته وملاءمته .

وهذا مؤداه أن محاكم كل ولاية تصبح حبيسة لقضائها السابق مما يترتب عليه حرج كبير للمتقاضين وخاصة إذا سارت محاكم الولايات الأخرى على قواعد مختلفة بالنسبة لنفس الموضوع وقد يصل إلى درجة من الاخلال بمبدأ المساواة بين أفراد الدولة الواحدة أمام القانون .

انظر فى نظام السابقة فى الولايات المتحده :

André Tunc, Le droit des Etats Unies d'Amerique, Paris 1955, pp. 108 — 181.

السابقة الملزمة والذين كانوا يبحثون عن خير طريق لتقرير العدول عنها . وقد كان هناك اتجاهان متعارضان(١) .

فقد كان البعض يرى أنه لا يمكن لمجلس اللوردات أن يتحلل من أحكام قاعدة السابقة القضائية الملزمة وان الطريق الدستورى الوحيد لالغاء هذه القاعدة هو اصدار قانون من البرلمان يقرر الغاء قاعدة الالتزام بالسوابق القضائية . وطبقاً لهذا الاتجاه تعتبر مخالفاً للقانون أى حكم يخرج صراحة على سابقة قضائية أويقرر فيه القضاء عدمالتزامه فى المستقبل بالسوابقالقضائية(٢) .

وعلى عكس هذا الرأى ذهب بعض الثقات فى القانون الانجليزى ومنهم «سير فرديدريك بولوك» إلى عدم وجود موانع دستورية تحول دون أن يعلن مجلس اللوردات تحلله من ربقة الالتزام بالسوابق القضائية . وقد بنى هذا الاتجاه رأيه على أساس أن مجلس اللوردات حين ينعقد فى هيئة قضائية فانه لا يفقد صفته الأساسية وهى أنه جزء لا ينفصم عن مجلس اللوردات بوصفه مجلساً تشريعياً . وبالتالى فالهيئة القضائية لمجلس اللوردات حين تنعقد فى الواقع تمثل مجلس اللوردات كله . ولما كان مجلس اللوردات له الحق فى تعديل ما جرى عليه العمل فى داخله من اجراءات . ولما كانت قاعدة الالتزام بالسوابق القضائية لا تعدو أن تكون أحدى الوسائل أو الاجراءات التى جرى العمل (Practice) على اتباعها فمن هنا يحق لهذه الهيئة أن تعدل عنها أو تعدلها إذا وجدت أن الظروف توجب ذلك(٣) .

هذا هو النقاش النظرى الذى ثار قبل صدور اعلان السادس والعشرين من يوليو سنة ١٩٦٦ وهو نقاش لم تعد له أية أهمية حالية ولن يلبث أن ينسى بعد زمن قليل (٤) وخاصة ان الطريقة التى تخيرها رئيس مجلس اللوردات لاعلان العدول عن قاعدة الالتزام بالسوابق القضائية طريقة وسطى تجمع بين خصائص العمل التشريعى وخصائص العمل القضائى .

---

(١) أنظر مقال A.L.G. السابق الاشارة اليه .

(٢) المرجع السابق الاشارة اليه .

(٣) مقال A.L.G. السابق الاشارة اليه .

(٤) نفس المرجع .

فقد صدر الاعلان قبل أن تصدر الهيئة القضائية لمجلس اللوردات حكمها في القضايا المعروضة أمامها وعلى ذلك فالاعلان ليس له صفة الحكم إذ لم يرد في أحد الأحكام كما أنه ليس عملا تشريعياً إذ لم يرد في صورة قانون برلماني . وانما صدر في صيغة اعلان يقرر فيه مجلس اللوردات مجتمعاً في هيئة قضائية عدوله عما جرى عليه العمل (Practice) من اعتبار السوابق القضائية ملزمة له وأنه سيسمح لنفسه في المستقبل أن يعدل عن السوابق القضائية التي تقررت في الماضي إذا رأى مبرراً لذلك(١) .

ولا شك أن هذه الطريقة التي تم بها هذا الاعلان موفقة كل التوفيق من حيث سرعة التغيير المرتقب ومن حيث استبعاد أية شبهة حول العمل الذي تم به العدول عن القاعدة . فمن ناحية لم يصدر الاعلان في صورة حكم قد يثور التساؤل حول مخالفته للقانون في يوم من الأيام كما أنه لم يختر الطريق التشريعي إذ أن انتظار استصدار قانون من البرلمان قد يعطل التعديل نظراً لأن البرلمان قد لا يهتم بمثل هذه التعديلات ذات الطابع الفني حيث لا تهتم برلمانات اليوم الا بالمشكلات اليومية الأكثر الحاحاً .

(ثالثا) جهات القضاء التي لها حق الخروج على السوابق الملزمة :

سبق أن أوضحنا نطاق اعمال قاعدة السابقة القضائية الملزمة في النظرية التقليدية ويجب علينا الآن أن نبحث نطاق التعديل حيث أننا بدراسته نتعرف على النطاق الجديد لقاعدة الزامية بالسابقة القضائية .

أوضحت الفقرة الأخيرة من بيان رئيس مجلس اللوردات ان التغيير الذي حدث بالنسبة لما جرى عليه العمل في مجلس اللوردات من تقرير لامكانية العدول عن السابقة القضائية «لا يغير مطلقاً فيما جرت عليه جهات القضاء الأخرى غير مجلس اللوردات» .

ومقتضى هذا أن محكمة الاستئناف والمحكمة العالية تظلان ملتزمتان بما جرت

---

(١) أنظر مقال A. L. G. السابق الاشارة اليه .

عليه تقاليدهما سواء من حيث التزامهما بالسوابق التى أصدرها مجلس اللوردات أو بالسوابق التى سبق لهما اصدارها فى الحدود التى سبق لنا عرضها فى القسم الأول من هذا المقال .

ولكن الفقه رغم ذلك اثار التساؤل حول قدرة هذه المحاكم مستقبلا فى تغيير ماجرت عليه من اتباع للسوابق القضائية . وفى هذا المجال يجب التمييز بين قدرتها على الخروج على السوابق القضائية الصادرة من مجلس اللوردات وقدرتها على الخروج على السوابق القضائية التى اصدرتها هذه المحاكم نفسها .

١ — بالنسبة للسوابق التى أصدرها مجلس اللوردات : من المؤكد ان الاعلان لن يؤثر على التزام محكمة الاستئناف أو المحكمة العالية أو المحاكم فى اتباع السوابق القضائية الصادرة من مجلس اللوردات . فاذا خالفت أحداهن هذه السوابق كان ذلك منها خطأ فى تطبيق القانون . ولا يمكن هنا لمحكمة دنيا أن تبرر خروجها على حكم سابقة أصدرها مجلس اللوردات فى أن هذا المجلس سوف يعدل عن حكمه حين يعرض الأمر عليه ذلك لأن مثل هذا التفكير فيه اهدار لليقين الذى يجب أن يتميز به النظام القانونى ، وكل ما تستطيعه المحاكم دون مجلس اللوردات أن تنصاع للأحكام التى قررتها الهيئة القضائية للمجلس حتى ولو كانت غير مؤمنة بعدالة الحل أو عدم ملاءمته ولكن فى نفس الوقت تسمح بأن يطعن فى حكمها أو توصى مجلس اللوردات بنقض حكمها ، وهذا أمر غير نادر الحدوث .

٢ — ولكن ما هو الحل بالنسبة للأحكام التى صدرت من نفس هذه المحاكم هل تستطيع محكمة الاستئناف أن تقرر مثلا عدم التزامها بالأحكام التى سبق لها هى اصدارها ؟

يتجه الفقه إلى أنه يجوز لها ذلك . بل يقرر البعض انه من المأمول أن يتم لها ذلك فى أقرب وقت (٢) . ويقررون انه سيكون من المؤسف أن يكون

---

(١) أنظر سابقا

(٢) انظر

A.L.G., The abolition of the absolute precedents, L.Q.R. 1966, p. 443.

القرار الثورى الذى أصدره مجلس اللوردات مانعاً من أحداث هذا التطور بالنسبة لمحكمة الاستئناف . وخاصة ان الغالبية العظمى من المنازعات تنتهى بحكم محكمة الاستئناف(١) .

وعلى ذلك يمكن القول بأن الاعلان الأخير يسمح لمجلس اللوردات فقط بالخروج على السوابق القضائية التى أصدرها ولكن هذا لا يعفى محكمة الاستئناف (Court of appeel) ولا المحكمة العالية (High Court) ولا المحاكم الأخرى الدنيا من اتباع السوابق القضائية التى صدرت عن مجلس اللوردات ، كما تظل المحكمة العالية ملزمة باتباع السوابق القضائية التى صدرت عن محكمة الاستئناف .

ولكن محكمة الاستئناف والمحكمة العالية تستطيعان تقرير عدم التزامهما المستقبل بما سبق لهما اصداره من أحكام .

ونعتقد انه يمكن أن تقرر المحكمة العالية أولا تحللها من سوابقها القضائية قبل أن تقرر محكمة الاستئناف ذلك بالنسبة لأحكامها .

(رابعا) آثار الاعلان على تطور النظام القانونى الانجليزى :

قلنا ان اعلان ٢٦ يوليو سنة ١٩٦٦ يسمح لمجلس اللوردات وحده بأن يخرج على حكم سابقة قضائية إذا وجد من الظروف ما يحتم ذلك . ومعنى هذا ان قاعدة الالتزام المطلق بالسابقة القضائية تعتبر قد ألغيت ضمناً بالنسبة لهذا المجلس . ولكن هل معنى ذلك أن النظام القانونى الانجليزى عرضة لتطورات خطيرة نتيجة لهذا العدول عن قاعدة السابقة الملزمة ؟

هذا التساؤل ليس وليد الساعة وانما طرحه الكثيرون قبل صدور الاعلان الذى نحن بصدده ، تماماً كما كانوا يتساءلون عن مدى دستوريته . وقد كانت الآراء منقسمة . فالبعض كان يعتقد ان العدول عن قاعدة الزامية السابقة

---

(١) أنظر دافيد – القانون الانجليزى السابق الاشارة اليه ص٧٢ و ٧٣

سيؤدى حتما إلى تقويض البناء الضخم الذى يتكون منه القانون العمومى (Common Law) والقانون الانجليزى عموماً (١) .

بينما كان البعض الآخر أكثر تفاؤلا وميلا إلى أن يهون من شأن النتائج التى قد تترتب على هذا التغيير . ويدللون على اعتقادهم هذا بأن القضاء الانجليزى لم يعدم الوسيلة فى أن يخرج على السوابق القضائية التى كان من المفروض أن يلتزم بها متى قدر أن الحلول التى جاءت بها غير عادلة أو غير مقبولة . واستخدام القضاة الانجليز لطريقة التمييز والتفريد (distinction) والتجاؤهم إلى الاستثناءات الكثيرة التى عرضنا لها سابقاً .. كل هذا أدى إلى ان السوابق القضائية لم تكن لها قبل التعديل سوى قوة استئناسية هادية أو قوة اقناع وليست على وجه اليقين قوة الزام ومع ذلك فلم يشتط القضاء الانجليزى ولم يتقوض بناء القانون العمومى .

وأنصار هذا الرأى الأخير – ورأيهم هو الراجح – يرون أن التعديل الجديد لن يغير كثيراً من الأمور بل سيكون له فضل فى أن يكون هناك توافق بين القاعدة القانونية وبين ما جرى عليه العمل فعلا ؛ أى توافق بين قاعدة الخروج عن السوابق القضائية وبين ما جرت عليه المحاكم فعلا .

ونعتقد انه لن يترتب على الاعلان تغييرات ثورية كثيرة نظراً لأن القضاة بطبيعتهم فى شتى بلاد الأرض يميلون إلى التحفظ وينأون عن التطرف وبالتالى فلن يلجأ كبار قضاة الانجليز إلى الخروج عن أحكام السوابق القضائية الا فى حالة الضرورة الملحة.

وقد أشار الاعلان صراحة إلى نقطتين أكد فيهما حرصه على استقرار المعاملات والحفاظ على اعتبارات اليقين التى يجب أن تسود العلاقات الاجتماعية

---

(١) أنظر :

A.L.G. The abolition of the absolute precedents in the House of Lords, L.Q.R., 1966, p. 441.

ومن هنا إشارة مجلس اللوردات إلى أنهسوف يراعى الا تكون لأحكامه آثاراً تنبسط على الماضى .

كما قرر أنه سيعطى عناية خاصة لعنصر اليقين وخاصة بالنسبة لقواعد القانون الجنائى التى يجب أن تتمتع بالاستقرار وعدم الاضطراب وبالذات مراعاة مبدء لا جريمة ولا عقوبة الا بنص . وإذا كانت اشارة الاعلان إلى اليقين الذى يجب أن يسود قواعد القانون الجنائى قد اثارت دهشة الكتاب وتشككهم (١) الا أنهم أولوا الاشارة إلى الحرص على الا يكون للعدول

---

(١) المرجع السابق .

(٢) وترجع هذه الدهشة وهذا التشكك لأكثر من سبب . إذ أنه لا يوجد مجال خرج فيه مجلس اللوردات عن بعض المبادىء المستقرة كما فعل بالنسبة للقضايا المتعلقة بالقانون الجنائى وقد كان هذا الخروج محل نقد شديد ليس فى انجلترا فقط وانما فى بلاد الكومنولث أيضاً

انظر :

Dworkin, R.I.D.C., 1967, p. 192.

A.G., The abolition of the absolute precedent, L.Q.R. 19:6

وقد سبقت الإشارة إلى أن الحكم الذى أصدره مجلس اللوردات فى قضية (Smith) سنة ١٩٦١ كان سبباً فى أن تخرج المحكمة العليا الإسترالية عن احترام أحكام مجلس اللوردات لأول مرة وكان هذا سبباً مباشراً فى أن يعدل مجلس اللوردات نفسه عن قاعدة الالتزام المطلق بالسوابق القضائية . ويتعلق هذا الحكم بتعريف العنصر المعنوى والقصد الجنائى فى جريمة القتل الذى اعطاه مجلس اللوردات مدلولا موضوعياً لا ذاتياً كما كان الحال فى الماضى .

كما أن حكم المجلس الذى أصدره فى قضية .

وأقر فيه وجود جريمة «الاتفاق الآثم من أجل افساد الآداب» اثار استغراب الكثيرين نظراً لتعارض ذلك مع مبدأ أن لا جريمة ولا عقوبة الا بنص

أنظر : Dworkin, RI.D.C 1967, p. 291

كما أن اللورد شانسلر جاردنر (Gerdiner) وهو الذى أعلن بيان العدول عن الالتزام بالسوابق القضائية خرج حديثاً على مبدأ سارت عليه طيلة قرن ونصف المحاكم الانجليزية بالنسبة للجريمة التى يطلق عليها (affray) وأبان فيها انه إذا كانت المحاكم الانجليزية قد جرت وراء رأى بلا كستون الذى لا يستند إلى أية حجة قانونية فانه ليس من المعقول الاستمرار فى الخطأ متى ظهرت حقيقته .

على أحكام السوابق القضائية أى آثار بالنسبة للماضى ، أهمية خاصة وبدأوا يفكرون فى ضرورة ايجاد بعض القواعد التى تحل التنازع بين الأحكام من حيث الزمان كما هو الحال بالنسبة لقواعد التنازع بين القوانين من حيث الزمان . ويرون انه من الأفضل أن يحدد مجلس اللوردات أن عدوله عن مبدأ قررته سوابق قضائية فى الماضى ،لن يكون له من أثر الا بالنسبة للمستقبل . أى أن العدول سيكون له أثر مباشر فقط (إذا استخدمنا اصطلاحاتنا القانونية ذات الأصل اللاتينى) وبالتالى تظل التصرفات القانونية التى تمت قبل صدور حكم العدول عن السابقة محكومة بالقواعد المقررة فى السابقة القضائية قبل تعديلها ؛وبهذا يتفق حكم تنازع القواعد القانونية المستمدة من الأحكام فى الزمان مع حكم تنازع القواعد التشريعية فى الزمان (١) .

من هذا يتبين مدى صدق دهشة المعقبين على الإعلان وتشككهم من ان المجلس سيحرص على استقرار قواعد القانون الجنائى . ولن تحل هذه الاشكالات الا عن طريق اصدار التشريعات .

(١) ويلاحظ أنه نظراً لأن محاكم الولايات المتحدة الأمريكية لم ترتبط كثيراً بقاعدة السابقة الملزمة ونظراً لما لوحظ من كثرة العدول عن السوابق القضائية فان نظاماً محكما لحل تنازع القواعد القانونية فى الزمان قد استقر فى العمل .

انظر :

J. V. Friedman "Limits of Judical Lawmaking and prospective overruling (1966) 29 M.LR. 593

وبالذات صفحة ٦٠٢ حيث يعرض لمدلول الـ Prospective overruling

أثر حسن النية

على رجوع المشترى بالضمان

للدكتور توفيق حسن فرج
أستاذ كرسى القانون المدنى
ووكيل كلية الحقوق بجامعة الاسكندرية

تمهيد

١ - تحديد نطاق الموضوع :

يرتب عقد البيع التزامات متبادلة على عاتق كل من البائع والمشترى . ومن أهم الالتزامات التى تترتب على عاتق البائع ، إلى جانب التزامه بنقل الملكية والتسليم ، التزامه بالضمان . فالبائع يلتزم بضمان التعرض والاستحقاق ، كما يضمن العيوب الخفية فى المبيع .

ولكى يتسنى للمشترى الرجوع بالضمان على البائع يجب أن تتوافر شروط معينة . فاذا ما توافرت تلك الشروط ثار الأمر حول مدى ما يكون له أن يرجع به ؛ سواء فى حالة استحقاق المبيع ، أم فى حالة ظهور عيب من العيوب أو تخلف صفة من الصفات المطلوبة .

وإذا كان الاجماع ينعقد على ضرورة توافر شروط معينة فى حالة استحقاق المبيع من الغير حتى يتسنى للمشترى أن يرجع على البائع بالضمان ، الا أن الخلاف يثور حول ما إذا كان يلزم للرجوع بالضمان توافر حسن نية المشترى . ذلك أنه لا يوجد خلاف حول استلزام أن يكون التعرض الصادر من الغير للمشترى تعرضاً قانونياً مستنداً إلى حق ، وأن يكون هذا الحق الذى يستند اليه المتعرض فى تعرضه سابقاً على البيع ، أو لاحقاً عليه متى كان بفعل البائع ، وأن يكون هذا التعرض حالا قائماً ، حيث لا تكفى فى هذا الصدد مجرد خشية حصول التعرض . ولكن يختلف الرأى حول ما إذا كان من اللازم أن يتوافر حسن النية لدى المشترى حتى يكون له الرجوع على البائع بالضمان فى حالة استحقاق المبيع .

ولا يقف الأمر عند هذا الحد ، ولكن إذا ما سلم أن للمشترى الحق فى الرجوع على البائع فى حالة علمه عند التعاقد بسبب التعرض ، يثور الخلاف حول مدى ما يكون له أن يرجع به على البائع .

وعلى ذلك فان المسألة تثار من ناحية استلزام أو عدم استلزام حسن النية للرجوع بالضمان مع بيان مدى الاتفاق أو الاختلاف حول هذا الشرط بالنسبة للأسباب المختلفة للضمان .

كما تثار كذلك من حيث مدى ما يكون للمشترى أن يرجع به على البائع ، إذا ما سلم له بهذا الرجوع من حيث المبدأ .

ذلك أن القوانين تفرق بين علم المشترى بأسباب الضمان بصفة عامة ، وبين علم البائع . فحسن أو سوء النية كشرط للرجوع بالضمان . لا يثور الا بالنسبة للمشترى ، بحسب ما إذا تعلق الأمر بضمان التعرض والاستحقاق أم بضمان العيوب . على ما سنرى فيما يلى .

أما بالنسبة للبائع فانه يلتزم بالضمان فى جميع الحالات ، بصرف النظر عن حسن أو سوء النيه . سواء تعلق الأمر بضمان التعرض والاستحقاق أم بضمان العيوب . ولا يثور الأمر الا بالنسبة لنطاق الضمان . أى مدى ما يلتزم به البائع نحو المشترى ، إذا ما ثبت الضمان لهذا الأخير . ذلك أن التزام البائع بالضمان . على الرغم من حسن نيته ، أو على الرغم من عدم امكان نسبة أى خطأ اليه . يرجع إلى أنه إذا ما تحقق سبب الضمان ، فانه لا يكون قد أوفى بالتزامه بنقل ملكية المبيع وحيازته حيازة هادئة أو حيازة مفيدة . فوقوع تعرض أو استحقاق للمشترى ، وظهور عيب فى المبيع يجعل البائع مسئولا أمام المشترى ، حتى ولو كان يجهل تلك الأسباب المختلفة .

وسنعرض فى باب أول لأثر حسن نية المشترى على رجوعه بالضمان .

أما بالنسبة لأثر حسن نية البائع ولمدى ما يرجع به المشترى ، فاننا نخصص لهما بابين آخرين .

الباب الأول

أثر حسن نية المشترى على رجوعه بالضمان

٢ — المبدأ العام ، ومدى الخروج عليه - تقسيم الموضوع : يمكن القول بصفة عامة إن علم المشترى بوضع المبيع وحالته عن التعاقد ، لا يجعل له الحق بعد ذلك فى الرجوع على البائع بالضمان . ذلك أنه إذا كان المشترى قد اشترى وهو يعلم حالة المبيع . فلا يكون له أن يشكو بعد ذلك من أمر علم به سلفاً . وبالتالى لا يكون له الرجوع بالضمان على البائع (١) .

ولكن هذا المبدأ يثير صعوبات فى بعض الأحيان ، خاصة بالنسبة لضمان الاستحقاق . أما بالنسبة لضمان عيوب المبيع ، أو الاعباء التى يتحمل بها ، فان الأمر يختلف .

ولهذا نعرض لأثر العلم فى حالة العيوب ، ثم لأثره فى حالة الاعباء أو التكاليف ، ثم لأثره فى حالة استحقاق المبيع .

الفصل الأول : حالة ضمان العيوب

٣ — استلزام شرط حسن النية : لا صعوبة فى هذا الصدد حول أثر علم المشترى بالعيب . ذلك أنه إذا كان العيب ظاهراً ، لا يتحقق معه الضمان ، كما أنه إذا كان خفياً وعلم به المشترى ، فلا يكون له الرجوع بالضمان كذلك . أى أنه يلزم لرجوع المشترى فى حالة ضمان العيوب أن يكون

---

(١) أنظر فى تطبيق هذا المبدأ بالنسبة للضمان فى عقد الايجار : نقض مدنى فرنسى غرفة أولى فى ١٩٦١/١٢/١١ (Bull. Cass. 1961, I. No. 593, p. 472) حيث تقرر أنه لا يقوم الالتزام بالضمان إذا كان المستأجر يعلم بحقوق المستأجرين السابقين الذين تعرضوا له ، إذ أنه كان يعلم أن سنده مؤقت عرضى . فهذا العلم بوجود المستأجرين الذين لازالت عقودهم سارية ، يجعل لقضاة الموضوع الحق فى رفض دعوى الضمان التى يقيمها .

العيب خفياً ، وغير معلوم له (١) . وعلى ذلك فان شرط حسن النية يعتبر شرطاً لازماً للرجوع بالضمان فى حالة ظهور عيب فى المبيع ، ولا تثير هذه المسألة أية خلافات ، سواء فى محيط القوانين المختلفة أم فى محيط الفقه والقضاء . وان كانت الصعوبات قد تثور فى بعض الأحيان حول تحديد متى يعتبر العيب خفياً أو ظاهراً ، ومتى يعتبر معلوماً أو غير معلوم من المشترى .

٤ — **خفاء العيب وظهوره** : من المسلم به أن البائع لا يسأل عن العيب الظاهر ، ولكنه يسأل فقط عن العيب الخفى . ولكن ما هو المعيار الذى يفرق بين العيب الظاهر والعيب الخفى ؟ أو بعبارة أخرى متى يعتبر العيب خفياً يسأل عنه البائع ، ومتى يعتبر ظاهراً لا يسأل عنه ؟

يعتبر العيب خفياً إذا كان لا يظهر من فحص المبيع الفحص العادى ، الذى يتم عادة عند الشراء ، والذى تعارف الناس على القيام به (٢) . ولا ينظر فى هذا الصدد إلى ما إذا كان للشخص العادى أن يتبينه ، بصرف النظر عما إذا كان ذلك ممكناً للمشترى أم لا . فالمعيار هنا بالنسبة لمعرفة العيب ، معيار مجرد (٣) . إذ يكون على المشترى أن يلجأ إلى فحص المبيع

---

(١) وقد أكدت القوانين المختلفة ضرورة أن يكون العيب خفياً غير معلوم من المشترى . أنظر فى ضرورة أن يكون العيب خفياً ، وغير معلوم للمشترى : مؤلفنا عقد البيع فى القانون اللبنانى ، بيروت ١٩٦٨ بند ٢١٨ وما بعده ص ٤٩٦ وما بعدها .

(٢) وتنص المادة ٢/٤٤٧ مدنى مصرى على أن البائع لا يضمن العيوب التى كان المشترى «يستطيع أن يتبينها بنفسه لو أنه فحص المبيع بعناية الرجل العادى» .

وهذا هو نص القانون المدنى السورى فى المادة ٢/٤١٥ . وانظر كذلك المادة ٥٥٩ عراق . وتستعمل المادة ٢/٤٤٦ من قانون الموجبات والعقود اللبنانى عبارة «الفحص العادى» بالنسبة لمعرفة العيوب .

وانظر كذلك نقض مدنى مصرى فى ١٩٦٢/٦/١٤ طعن ٦ س ٢٧ ق مجموعة النقض (المكتب الفنى) س ١٣ رقم ١٢١ ص ٨٠٨ .

(٣) أنظر فى هذا : Mazeaud : ج ٣ بند ٩٨٣ . وتقول محكمة النقض المصرية (جلسة ١٩٤٧/١٢/٤ طعن ١٠٢ س ١٦ ق مجموعة أحكام النقض فى ٢٥ سنة تحت «بيع» قاعدة ٩٩ « والعيب يعتبر فى حكم القانون ظاهراً متى كان يدركه النظر اليقظ ، ولو لم يكن فى متناول ادراك غيره . فليس معيار الظهور فى العيب معياراً شخصياً يتفاوت بتفاوت المستوى فى الأنظار المختلفة ، بل معياراً معيناً بذاته مقدراً بمستوى نظر الشخص الفطن المتنبه للأمور» .

بالوسائل العادية المألوفة . ولا يتحتم أن يكون ذلك بنفسه . فقد لا تتوافر لديه المقدرة على اكتشاف العيب ، وانما يمكن أن يتم فحص المبيع بواسطة شخص آخر تتوافر لديه المقدرة على معرفة العيب ، باعتباره شخصاً مختصاً . ففى حالة شراء سيارة مثلا ، قد لا تتوافر لدى المشترى الدراية بالسيارات فيكون له أن يلجأ إلى من له دراية وتخصص فى هذا الشأن مثل ميكانيكى السيارات . وفى حالة شراء منزل ، يكون للمشترى أن يلجأ إلى مهندس معارى . فاذا كان العيب لا يظهر مباشرة بالنسبة للرجل العادى من بين هؤلاء ، فانه يعتبر عيباً خفياً ، ويكون له الرجوع على البائع بالضمان .

أما إذا قصر المشترى فى الالتجاء إلى أهل الخبرة على النحو السابق ، ولم يقم بفحص المبيع ، فلا يكون له أن يحتج بجهله وعدم مقدرته لكى يطلب فسخ البيع بسبب العيوب التى لم يرها والتى يمكن أن تظهر بوضوح لمن لديه الخبرة كالميكانيكى ومهندس المبانى . فالعيب لا يعتبر خفياً لمجرد أن المشترى لم يره ، أو لمجرد أنه لم يفحصه فحصاً عادياً ولكنه اكتفى بفحص سطحى فقط (١) .

والفحص الذى يجب على المشترى القيام به هو الفحص العادى الذى يجرى عادة فى مثل الظروف التى تم فيها البيع . وهو يختلف باختلاف المبيع . وينظر إلى الفحص الذى يقوم به الشخص العادى ، (d'une diligence moyenne) ، فى كل حالة . فاذا أمكن لشخص متوسط الحرص اكتشاف العيب بالالتجاء إلى طرق فحص أولية كان العيب ظاهراً (٢) .

---

(١) أنظر فى هذا Laurent : القانون المدنى الفرنسى ، الطبعة الثالثة ج ٢٤ بند ٢٨٤ ص ٢٧٨ . Baudry et Saignat : البيع والمقايضة ، طبعة ثانية بند ٤١٨ . Beudant et Lerebours Pigeonnière : ج ١١ (فى البيع والايجار) بند ٢٥٤ Planiol - Ripert et Hamel ج ١٠ ط ٢ بند ١٣٠ ص ١٤٤ .

منصور مصطفى منصور : تحديد فكرة العيب الموجب للضمان فى عقدى البيع والايجار ، بحث فى مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ، يصدرها أساتذة حقوق عين شمس ، س ١ عدد ٢ . السنهورى : عقد البيع ١٩٦٠ ص ٧٢٥ .

(٢) أنظر تعليق الأستاذ Voirin فى (D. p. 1929. 2. 81) . ومحكمة السين المدنية فى ١٩٥٦/١٢/٢١ (D. 1957. 47) ومحكمة (Angers) فى ١٩٦٠/٢/١٥ (D. 1960. Somm. 102) .

– هذا وقد يكون العيب ظاهراً بذاته ، ومن السهل تبينه ، بحيث لا يستلزم الأمر أية خبرة فنية أو أى تدقيق أوفحص ، مثل ذلك حالة الحصان الأعرج أو الأعور ، فلا يعتبر العيب خفياً ، إذ من السهل تبينه (١) . ولا صعوبة فى هذه الحالة . فهو يظهر بوضوح لكل شخص ، ولو كان غير مختص .

كما يكون العيب ظاهراً كذلك ، متى كان من السهل على ذى الخبرة العادى أن يتبينه بالفحص المعتاد ، أى طبقاً للأوضاع العادية . وقد يكون استعمال الشىء هو الطريق العادى الذى يقوم به كل مشتر لمثل هذا الشىء. وفى هذه الحالة يجب على المشترى أن يلجأ إلى ذلك بنفسه أو بواسطة أهل الخبرة (مثل الميكانيكى الذى يجرب السيارة عن طريق السير بها) . فاذا لم يقم بذلك فلا يكون له أن يدعى أن العيب كان خفياً . إذ أنه لو فحص المبيع بالطريق العادى ، وهو تسيير السيارة ، لتبين له العيب (٢) . بل إن العيب يكون ظاهراً فى هذه الحالة ، متى كان يمكن اكتشافه بالفحص العادى ، حتى ولو كان هذا الاكتشاف يثير بعض الصعوبات فمجرد امكان اكتشافه بالوسائل العادية يكفى لاعتباره غير خفى (٣) .

– على أن العيب قد لا يبدو لأول وهلة . ولكنه يحتاج إلى فحص وتدقيق للكشف عنه ، وهنا يثور التساؤل عما إذا كان المشترى الذى لا يقوم بهذا الفحص الخاص ، يفقد حقه فى الضمان ؟ ترى محكمة النقض الفرنسية أن تقدير الأمر يترك فى هذه الحالة لقضاء الموضوع . باعتباره من مسائل

---

(١) هذا ما لم يكن عرج الحصان متقطعاً ، أو يظهر فى بعض المواسم دون البعض الآخر .

(٢) أنظر : Planiol-Ripert et Hamel : ص ١٤٥ هامش ٣ .

(٣) Baudry et Saignat : بند ٤١٨ . Aubry et Rau . بند ٣٥٥ مكرر متن وهامش ٨ . Laurent : بند ٢٨٤ خاصة ص ٢٧٩ .

الواقع (١).

— ومع ذلك فقد يحتاج الأمر إلى بذل مجهود غير عادى لا يجرى به العرف ، أو إلى فحص خاص أو طرق علمية خاصة للكشف عن العيب ، فاذا كان العيب لا يظهر الا باحدى هذه الوسائل ، يعتبر خفياً . فقد يقتضى الكشف عن العيب القيام بتحاليل كيمائية ، كما هو الشأن بالنسبة للمواد الغذائية ، فى هذه الحالة يكون للمشترى الرجوع بالضمان لأن العيب لا يظهر بالطرق العادية (٢) . وكما هو الشأن بالنسبة للآلات الميكانيكية التى لا يظهر ما فيها من عيوب فى التجارب الأولى ، بل لابد من تشغيلها فترة طويلة (٣).

٥ — **علم المشترى بالعيب أو جهله به** : قد يكون العيب من العيوب الخفية التى لا يمكن الكشف عنها بالطرق العادية على ما قدمنا ، ولكنه فى

---

(١) أنظر Laurent : بند ٢٨٤ ص ٢٧٨ ، Aubry et Rau ، بند ٣٥٥ مكرر هامش ٦ Planiol-Ripert et Hamel : بند ١٣٠ ص ١٤٥ . وانظر كذلك : موسوعة دالوز تحت Vices rédh رقم ٢٨ .

والواقع أن المحاكم تدخل فى الاعتبار — عند تقرير ظهور العيب أو خفائه — شخصية المتعاقدين . وذلك فى البيوع بين المحترفين (أنظر موسوعة دالوز تحت Vices rédh رقم ٢٧ والأحكام المشار اليها) . فاذا كان من المستحيل كشف العيب فى الحال عند التسليم ، وبينت محكمة الاستئناف ذلك وأنه عيب خفى بالنسبة للكافة ، حتى بالنسبة للمشترى المحترف ، فان اعتباره عيباً خفياً ، سليم (نقض فرنسى تجارى فى ٢١ فبراير ١٩٦٦ Bull. Cass. 1966. 8. No. 109, p. 92) . كما قضى بأن المشترى الذى يدعى وجود عيب خفى لا يقبل منه ذلك ، خاصة إذا كان هذا المشترى سائقاً محترفاً ، إذ ينبغى أن يعلم عند البيع بحالة العيب الموجود فى محرك السيارة ، خاصة وأن حادثاً قد وقع خلال تجربة السيارة المستعملة الذى قام به الطرفان قبل البيع ببضعة أسابيع (نقض تجارى فرنسى فى ١٥ اكتوبر ١٩٦٥ Bull. Cass. 1965.3.481 p. 435).

(٢) Planiol-Ripert et Hamel : ، بند ١٣٠ ص ١٤٦ هامش ١ . موسوعة دالوز تحت Vices Rédh رقم ٢٦ والأمثلة الواردة فى هذا الصدد من القضاء الفرنسى ، وهذا ما لم يكن الالتجاء إلى التحليل الكيمائى هو الطريق العادى لفحص المبيع فى مثل هذه الحالة (أنظر فى القضاء البلجيكى) Limpens البيع فى القانون البلجيكى ١٩٦٠ ، بند ٣٣٣ ص ١٥٧ .

(٣) فى السيارات مثلا يعتبر العيب خفياً إذا لم يظهر الا من فحص دقيق يقوم به خبير ، أو بعد السير بضعة آلاف من الكيلو مترات) أنظر فى هذا Planiol - Ripert et Hamel : بند ١٣٠ ص ١٤٦ والهوامش من ٢ إلى ٥) .

الوقت ذاته يكون معلوماً للمشترى ، فاذا سكت رغم علمه بالعيب كان سيء النية ، وبالتالى ، لا يكون له الرجوع على البائع بالضمان . ذلك أن العيب المعلوم يأخذ حكم العيب الظاهر ، ولا يعتبر من العيوب الخفية (١) . وكذلك يكون الحكم إذا ما علم المشترى بالعيب عن طريق البائع نفسه (٢) .

وقد نصت على هذا الشرط المادة ٢/٤٤٧ مدنى مصرى حيث بينت أن البائع لا يضمن « العيوب التى كان المشترى يعرفها وقت البيع أو كان يستطيع أن يتبينها بنفسه لو أنه فحص المبيع بعناية الرجل العادى (٣) .

فاذا كان المشترى يعلم بوجود العيب ، ولكنه أقدم على الشراء رغم علمه به ، فانه يكون قد اشترى وهو على بينة من الأمر ، ويفترض فى هذه الحالة أن العيب لا أثر له على استعمال الشيء (٤) ، وأنه قد تنازل عن الرجوع على البائع بالضمان ، خاصة وأنه يدخل وجود العيب فى اعتباره

---

(١) أنظر فى هذا Planiol-Ripert et Hamel بند ١٣٢ صفحة ٢٤٧ وهامش ١ والقضاء المشار اليه . وأنظر كذلك ، نقض فرنسى ١٩/١١/١٩٥٨ (S. 1959. 121) وتعليق Jean Autesserre .

(٢) Beudant : بند ٢٥٤ ص٢٠٥ . موسوعة دالوز تحت Vices rédh. رقم ٣١ . De Page : ج ٤ بند ١٨٣ ويراعى أن علم المشترى ، سواء من البائع أم من أى طريق آخر ، إذا كان يسقط حقه فى الرجوع بالضمان على أساس هذا العيب المعين الذى علم به ، فانه لا يمنعه من الرجوع بالضمان على أساس عيب آخر خفى ، لم يكن يعلم به . فالعلم إذا انصرف إلى واقعة معينة ، قد لا ينصرف إلى غيرها .

(٣) ويستنتج الفقه الفرنسى استلزام عدم علم المشترى بالعيب مما تنص عليه المادة ١٦٤١ فى آخرها (أنظر : Laurent : بند ٢٨٥ . Beudant. بند ٢٥٤ ص ٢٠٥ Planiol-Ripert et Hamel : بند ١٣٢ ص ١٤٧ . Mazeaud : بند ٩٨٣ . ويشترط Pothier للرجوع بالضمان أن يكون العيب غير معلوم للمشترى : أنظر عقد البيع بند ٢٠٩ .

وهذا هو نص المادة ٢/٤١٥ سورى والمادة ٥٥٩ عراق . وتنص المادة ١/٤٦٠ من قانون الموجبات والعقود اللبنانى على أنه « لا يكون البائع مسئولا عن العيوب الظاهرة ، ولا عن العيوب التى سبق للمشترى أن عرفها ، أو كان من السهل عليه أن يعرفها» . كما تنص المادة ٤٦١ منه على أنه : لا يسأل البائع عن عيوب المبيع ولا عن خلوه من الصفات المطلوبة إذا صرح بها..).

(٤) أنظر نقض مدنى فرنسى فى ١٩/١/١٩٢٩ (Gaz. Pal. 1959.1.561).

عند تقدير الثمن (١) . وبعبارة أخرى إن المشترى الذى يعلم بالعيب يعتبر سيء النية ، فلا يكون له الرجوع بضمان العيب ، إذ أنه قد تبين العيب وأقدم رغم ذلك على ابرام العقد .

على أن المشترى قد لا يعلم بالعيب علم اليقين ، الا أن جهله به ينبغى أن يكون مشروعاً ومبرراً . فاذا كان العيب ظاهراً أى إذا كان الشخص يستطيع أن يتبينه لو كان فى مكانه ، لا يكون للمشترى أن يتمسك بجهله بالعيب . لأنه بذلك يكون مخطئاً ، إذ لم يتبين العيب الظاهر . ولهذا بين القانون أنه لا يكون للمشترى أن يرجع على البائع بالضمان متى كان يستطيع أن يتبين العيوب بنفسه لو أنه فحص المبيع بعناية الرجل العادى .

وعلى ذلك لا يلزم أن يكون المشترى عالماً فعلا بالعيب ، وانما يكفى أن يكون فى استطاعته أن يعلم أو من السهل عليه أن يعلم بها ، حتى يحرم من الرجوع بالضمان (٢) . بل أنه يحرم من الرجوع بالضمان على أساس

---

(١) أنظر Beudant : بند ٢٥٤ ص ٣٠٥ Mazeaud : بند ٩٨٣ .
وكذلك محكمة Bordeaux فى ١٠/١٢/١٩٢٨(D. H. 1928. 89) .
وأنظر فى أن المراد بالعلم هو العلم الحقيقى : المادة ٣٢٠/٣٩٥ مدنى قديم حيث كانت تنص على أنه «ولا جه لضمان البائع إذا كان العيب ظاهراً أو علم به المشترى علماً حقيقياً . وانظر كذلك نقض مدنى مصرى فى ٢٨/٣/١٩٣٥ طعن رقم ٧٦ س ٤ ق ، مجموعة النقض فى ٢٥ سنه تحت بيع قاعدة ٩٨ . وكذلك حكمها فى ٢٤/١٢/١٩٥٣ طعن ٩٤ س ٢١ ق ، نفس المجموعة قاعده ٩٨ وكذلك حكمها فى ١٤/٦/١٩٦٢ مجموعة المكتب الفنى س ١٣ رقم ١٢١ ص ٨٠٨ وقد جا فيه ان العلم المسقط للضمان هو العلم الحقيقى دون العلم الافتراضى . وانظر مع ذلك بقية هذا الحكم الأخير . ثم أنظر كذلك ، منصور : البحث السابق والمراجع المشار اليها ص ٥٨٢ .
ومع ذلك فانه إذا كان القانون القديم يستلزم صراحة علم المشترى علماً حقيقياً ، فان القانون القائم لم يورد نصاً مماثلا ، ولم يستلزم أن يكون علم المشترى بالعيب علماً حقيقياً ، ولكنه يكتفى بأن يعرف العيوب وقت العقد ، أو يكون فى استطاعته أن يتبينها ، أى إذا كان العيب ظاهراً بذاته أو كان ممكناً ظهوره لدى الفحص العادى . كما إذا اشترى منزلا ظاهر القدم أو به شرخ فى أحد جدرانه أو تهتز أسقفه (سليمان مرقس : البيع ١٩٦٨ بند ٢١٧ ص ٤١٧) .
(٢) أنظر كذلك : Mazeaud : بند ٩٨٣ ص ٨٣٥ . وقد استعمل القانون اللبنانى فى الماده ٤٦٠ موجبات هذا المعيار ، وهو امكان العلم ، فلا يكون البائع مسئولا عن العيوب التى سبق للمشترى أن عرفها أو كان من السهل عليه أن يعرفها» . وانظر كذلك نقض فرنسى فى ٢٤ يناير سنة ١٩٦٨ فى : (Sem-Jur. 1968. II. 15.422

العيب كذلك إذا صرح البائع له بالعيب ، وهذا هو الحكم فى حالة ما إذا صرح البائع بخلو المبيع من الصفات المطلوبة . ذلك أن إقدام المشترى على التعاقد رغم علمه بذلك يعنى تنازله عن الرجوع بضمان العيوب أو الصفات .

ويراعى أن العلم الذى يتحقق معه عدم الضمان ينبغى أن يتوافر وقت البيع فى حالة المبيع المعين بالذات . فاذا علم المشترى بالعيب بعد ذلك لا يحرم من الرجوع بالضمان . أما فى حالة المبيع المعين بالنوع ، فلا يتصور ذلك ، حيث لا تتحدد ذاتية المبيع وقت العقد ، وإنما تتحدد بالافراز الذى يتم عادة عند التسليم (١) .

ويقع على عاتق البائع اثبات علم المشترى بالعيب ، وبأنه كان على درجة من الجسامة بحيث يؤثر على قيمة المبيع أو فى استعماله ، لكى يتخلص من الضمان (٢) . كما يثبت أن المشترى قد علم بالعيب ، أو بخلو المبيع من الصفات المطلوبة عن طريق تصريحه (البائع) له بذلك .

---

(١) ولهذا فان المشترى الذى يعلم فى ذلك الحين بالعيب يسقط حقه فى الضمان إذا لم يعترض فى وقت ملائم (منصور : البحث السابق ص ٥٨١ — ٥٨٢) .

(٢) انظر . Planiol-Ripert et Hamel : بند ١٣٢ ص ١٤٧ — ١٤٨ ذلك أن الأصل هو حسن النية . ولهذا يعتبر المشترى حسن النيه ، لا يعلم بالعيب ، فاذا ادعى ، البائع العكس كان عليه عبء الإثبات . أنظر Mazeaud : بند ٩٨٣ . وانظر كذلك ، اسماعيل غانم ص ١٩٦ ، وطبعة ١٩٦٣ بند ١٧٢ ص ٣٢٩ هامش ٢ . لبيب شنب ومجدى صبحى : عقد البيع ١٩٦٨ بند ١٨٩ ص ٢٥٧ وهامش ٣ .

ويعين على هذا الاثبات أن الثمن غالباً ما يكون ضئيلا لا يتفق الا مع قيمة امبيع به عيب (محكمة السين التجاريه فى ١٩٣٢/٦/١٦ (Gaz. Pal. 1933. 2.570) كما يعين على اثبات علم المشترى بالعيب كذلك كون المشترى نفسه من أصحاب المهن الفنية ، إذ لا يعتبر العيب خفياً بالنسبة لمشتر محترف من أرباب المهن . وهو ما يقره القضاء دائماً (أنظر نقض فرنسى تجارى فى ١٩٦٥/١٠/٥ «(D. 1965, J. 831) والتعليق ، وقد أشرنا اليه فيما سبق ص١١ هامش ١ ، ونقض مدنى فى ١٩٦٢/١٢/١٨ (D. 1963. J. 114) . وعلم المشترى فى هذه الحاله ، لا يفترض (أنظر موسوعة دالوز : تحت Vices rédh رقم ٣٠ ، ولهذا يكون على البائع أن يثبته ، وإن كان للمشترى أن يثبت أنه على الرغم من كونه من أصحاب المهنه ، إلا أن الأمر يفوق طاقته ، أو طاقة صاحب مهنة عادى فى موضعه . أنظر كذلك Planiol-Ripert et Hamel : ص ١٤٨ . السنهورى : هامش ٣ ص ٧٢٧ — ٧٢٨ .

وبعبارة أخرى إن على البائع أن يثبت أن المشترى كان سيء النية يعلم بوجود العيب ، أو كان من السهل عليه أن يعلم به (١) .

ولا يكفى فى هذا الصدد لكى يسقط الضمان عن البائع مجرد اقرار المشترى فى العقد بأنه قد عاين المبيع معاينة نافية للجهالة . ذلك أن هذا الاقرار وإن كان يحول دون طلب ابطال العقد على أساس عدم العلم الكافى بالمبيع طبقاً للمادة ٤١٩ مدنى ، فانه لا يعتبر دليلا على علم المشترى بالعيب علماً يحول دون رجوعه بالضمان (٢) .

— هذا ويثور الأمر بالنسبة للعلم بالعيب فى حالة بيع الأشياء المستعملة . ويعرض الأمر بصفة خاصة فى حالة بيع السيارات المستعملة وإلى أى مدى يفترض علم المشترى بتلك العيوب .

ومما لا شك فيه أن المشترى ينبغى أن يعلم ما قد يوجد فى المبيع من العيوب الناشئة عن القدم . والتى تعتبر بذلك طبيعية بسبب الاستعمال . ويختلف مدى هذه العيوب باختلاف الاستعمال الذى تم بالنسبة للمبيع ، وهو أمر يتعلق بظروف كل حالة على حدتها . ويفترض فى المشترى أنه يتوقع تلك العيوب ، فلا يكون له أن يرجع بالضمان على أساسها ، ما لم يتفق على خلاف ذلك (٣) .

ومع ذلك فان الضمان قد يتحقق فى هذا النوع من البيوع ، متى كان العيب يتجاوز الأوضاع العادية المألوفة فى مثل الظروف التى تم فيها البيع .

---

(١) أنظر حكم النقض فى ١٩٦٢/٦/١٤ . مجموعه المكتب الفنى س ١٣ رقم ١٢١ ص٨٠٨ حيث بين أن العيب يعتبر خفياً «متى كان المشترى غير عالم به وغير مستطيع أن يعلمه..»

(٢) انظر نقض مدنى فى ١٩٦٢/٦/١٤ المشار اليه بالهامش السابق ، وانظر كذلك نقض فى ١٩٤٦/٥/٢ طعن رقم ٧٦ س ١٥ ق مجموعه النقض فى ٢٥ سنة تحت « بيع » قاعدة ١٠٠ وقد جاء فيه إن طلب الفسخ للعيب الخفى لا يمنع منه أن يكون المشترى قد أقر عند تسلم المبيع أنه قد عاينه وفحصه بمعرفة أحد رجال الفن» .

(٣) أنظر نقض فرنسى تجارى ١٩٦٧/٥/٣٠ (D. 1967. J. 511) والتعليق .

وبهذا لا تنطبق أحكام ضمان العيوب الخفية الا بالنسبة لعيوب تكون على درجة معينة من الجسامة ، ولا يمكن التعرف عليها بالفحص الذى يتم بعناية ، عند البيع ، ويكون من شأنها أن تجعل السيارة غير صالحة للاستعمال الذى خصصت له على النحو العادى ، باعتبارها سيارة قديمة (١) .

٦ - تأكيد البائع بخلو المبيع من العيب ، أو اخفاؤه غشا : رأينا أن البائع لا يضمن الا العيوب الخفية ، أى العيوب التى لايعلم بها المشترى ، فلا يضمن العيوب الظاهرة أو تلك التى علم بها المشترى أوكان من السهل عليه أن يعلم بها.

ويضيف المشرع إلى ذلك أن البائع يضمن عيوب المبيع .. «إذ اثبت المشترى أن البائع قد أكد له خلو المبيع من هذا العيب ، أو اثبت أن البائع قد تعمد اخفاء العيب غشاً منه » (٢) .

وعلى ذلك فانه إذا كان البائع لا يضمن العيوب التى كان المشترى يعلم بها وقت البيع ، أو كان يستطيع أن يتبينها بنفسه لو أنه فحص المبيع بعناية الرجل المعتاد ، فانه إذا أثبت المشترى أن البائع قد أكد له خلو المبيع من

---

(١) أنظر محكمة باريس فى ١٩٦٣/١١/٦ (D, 1964. J. 253) ولا بد أن يثبت أن العيب كان خفياً ، وله أثره على الاستعمال المقصود ، ويجب بيان ذلك فى الحكم وإلا تعرض للنقض (نقض مدنى فرنسى ١٢/٢٦ / ١٩٥٩) D. 1960. Somm. 42

وأنظر كذلك . Planiol - Riport & Hamel بند ١٣٢ ص ١٤٨ Limpens البيع فى القانون البلجيكى سنة ١٩٦٠ بند ٣٥٣ ص ١٦٣ . Mazeaud المرجع السابق بند ٩٨٥ ص ٨٣٦ — ٨٣٧ والقضاء المشار اليه فى هذا الصدد خاصة فى آخر ص ٨٣٦ . وانظر بالنسبة لحالة بيع السيارات المستعملة :

H. Rolland : Observation sur la vente des véhicules d'occasion, D. 1959. p. 162 et s. et 167 et s. Sudaka: Où en est la théorie des vices cachés dans la vente des véhicules d'occasion ? (Gaz. Pal. 1966, 1 Doct. 1.).

(٢) المادة ٢/٤٤٧ مدنى . وهذا النص مطابق لنص المادة ٢/٤١٥ مدنى سورى . ويقابل المادة ٥٥٩ عراق و ٢/٤٦٠ من قانون الموجبات اللبنانى . وينص هذا الأخير على أن البائع يكون مسئولا ، حتى عن العيوب التى كان من السهل على المشترى أن يعرفها ، إذا كان قد صرح البائع بخلو المبيع منها (أنظر مؤلفنا : عقد البيع فى القانون اللبنانى ، بند ٢٢١ ص ٥٠٦) .

عيب معين ، أو أنه قد تعمد اخفاء هذا العيب غشاً منه ، كان له أن يرجع عليه بالضمان .

إلا أنه ينبغي أن يفرق في هذا الصدد بين حالتين ، حالة ما إذا كان المشترى يعلم بالعيب من قبل ، وحالة ما إذا كان لا يعلم به ، وانما كان من السهل عليه أن يعلم ، نظراً لإمكان الكشف عن العيب بالفحص العادى.

فاذا أكد البائع للمشترى خلو المبيع من العيب (١) ، وكان المشترى يعلم بوجود هذا العيب من قبل ، لا يكون له أن يرجع بالضمان ، رغم تأكيد البائع . وهذا بخلاف ما إذا لم يعلم فعلا بالعيب وانما كان من السهل عليه أن يتبينه لو أنه لجأ إلى فحص المبيع الفحص العادى . إذ فى هذه الحالة الأخيرة إذا ما أكد البائع خلو المبيع من العيب، فان المشترى سيركن إلى ذلك اعتماداً على هذا التأكيد . ويكون له أن يرجع بالضمان . وفى هذه الحالة ليس للبائع أن يدفع دعوى المشترى بأنه لم يفحص المبيع ، وأنه كان من السهل عليه أن يتبين العيب . ذلك أنه لولا تصريح البائع بخلو المبيع من العيب لقام المشترى بفحصه بالطريق المعتاد : وتأكيد البائع فى هذه الحالة بخلو المبيع من العيب ، يعتبر بمثابة اتفاق ضمنى على تحمله ضمان العيب الذى أكد خلو المبيع منه (٢) .

---

(١) ويلزم هنا أن يأتى تأكيد البائع خلو المبيع من العيب فى عبارات خاصة تنصرف إلى عيب بذاته . فلا تكفى مجرد عبارات عامة يقصد من ورائها الترويج للمبيع وحمل المشترى على الشراء (عبد الفتاح عبد الباقى : عقد البيع ص ٢٧٢ . السنهورى : عقد البيع : ص ٧٢٦) .

(٢) ويقصر قانون الموجبات والعقود اللبنانى رجوع المشترى بالضمان على حالة ما إذا كان من السهل عليه أن يقوم باكتشاف العيب ولم يفعل نظراً لتصريح البائع بخلو المبيع منه ، فلا أثر لهذا التصريح . ولا يكون للمشترى أن يرجع على البائع بالضمان استناداً إلى تأكيد هذا الأخير خلو المبيع من العيب . ويتضح هذا من المادة ٤٦٠ موجبات . إذ بعد أن نصت فى فقرتها الأولى على أن البائع لا يكون «مسئولا عن العيوب الظاهرة ، ولا عن العيوب التى سبق للمشترى أن عرفها أو كان من السهل عليه أن يعرفها» ، قررت فى الفقرة الثانية أنه يكون مسئولا «حتى عن العيوب التى كان من السهل على المشترى أن يعرفها ، إذا كان قد صرح البائع بخلو المبيع منها» . وانظر كذلك : مؤلفنا : عقد البيع فى القانون اللبنانى ، المرجع السابق بند ٢٢١ ص ٥٠٦ .

وفى حالة ما إذا أثبت المشترى «أن البائع قد تعمد اخفاء العيب غشاً منه» ، فان هذا الأخير يكون ضامناً كذلك متى حصل تعمد من البائع لاخفاء العيب غشاً منه . مثل ذلك إذا ما أخفى البائع لحام السيارة بالطلاء . ويتحقق الضمان حتى لا يستفيد البائع من غشه . وانما يتعين أن تتوافر باقى شروط الضمان الأخرى ، وبصفة خاصة يلزم ألا يعلم المشترى بالعيب . فاذا كان عالماً به ، لا يكون له أن يرجع بالضمان ، أما إذا كان من السهل عليه أن يعلم به لو أنه تم بالفحص العادى ، ولكنه لم يفعل ، فان له مع ذلك الرجوع بالضمان ، متى كان البائع قد تعمد اخفاء العيب غشاً منه . إذ على الرغم من أعمال المشترى معرفة العيب ، الا أنه أولى بالرعاية ممن يتعمد ارتكاب غش . ولهذا يكون له الرجوع بالضمان (1) .

وقد أيدت المذكرة الايضاحية للقانون المدنى ذلك فقررت أن «تأكيد البائع بأن المبيع خال من العيب ، أو تعمده اخفاءه ، يجعله ضامناً ، حتى ولو لم يكن خفياً ، ما دام المشترى لا يعلمه» (2) ومعنى ذلك أنه إذا كان المشترى يعلم فعلا بالعيب ، فلا يكون له الرجوع بالضمان ، حتى ولو أكد له البائع خلو المبيع منه ، وحتى لو كان قد أخفى العيب غشاً منه . وهذا بخلاف ما إذا لم يكن يعلم به أو ما إذا لم يكن العيب خفياً ، بحيث كان من السهل على المشترى أن يعلم به .

ويراعى أنه فى حالة قيام البائع باخفاء العيب غشاً منه ، قد يكون هناك مجال لدعوى التدليس ، إذا كان ما قام به البائع يكون حيلا تدليسية توقع المشترى فى الغلط ، بحيث لو أنه علم الحقيقة ما أقدم على التعاقد (3) .

---

(1) أنظر فى هذا : عبد المنعم البدراوى : عقد البيع ، بند ٣٣٨ ص ٥٠٤ . اسماعيل غانم : مذكرات فى عقد البيع ١٩٥٨ ص ١٩٥ وطبعة ١٩٦٣ ص ٢٦٣ بند ١٧١ . منصور مصطفى منصور البحث السابق ص ٥٨٥ . السنهورى : المرجع السابق ص ٧٢٦ .

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى المصرى جـ ٤ ص ١١١ . وأنظر حكم النقض فى ١٠٦٢/٦/١٤ مجموعة المكتب الفنى س ١٣ رقم ١٢١ ص ٨٠٨ .

(3) أنظر : Baudry et Saignat : المرجع السابق بند ٤١٨ فى آخره Beudant : المرجع السابق بند ٢٥٤ ص ٢٠٤ . موسوعة دالوز Vices tédth تحت رقم ٢٣ .

٧ — **معيار حسن النية فى حالة ضمان العيوب** : يمكننا أن نتبين مما سبق أنه لكى يكون للمشترى الرجوع على البائع بالضمان ، فانه ينبغى أن يتوافر لديه حسن النية وقت العقد (١) .. بمعنى أنه ينبغى ألا يكون قد علم بالعيب أو ألا يكون فى استطاعته أن يعلم به ، لو أنه لجأ إلى فحص المبيع الفحص المعتاد.

فاذا كان المشترى يعلم يقيناً بالعيب ، فانه يكون سيء النية ، وبالتالى لا يكون له الرجوع بالضمان . وكذلك الشأن إذا كان من السهل عليه أن يعلم به ، أى كان فى استطاعته أن يتبينه لو أنه فحص المبيع بعناية الشخص المعتاد . إذ يعتبر العيب ظاهراً فى هذه الحالة . فاذا لم يعلم به المشترى كان مهملا ، وتقع عليه تبعة اهماله (٢) .

على أنه إذا كان المشترى يعلم فعلا بالعيب فانه لا يكون له الرجوع بالضمان ، حتى ولو أكد له البائع خلو المبيع من العيب ، وحتى لو كان البائع قد أخفى العيب غشاً منه . ذلك أن اقدام المشترى على الشراء رغم علمه بالعيب يكشف عن أنه يريد أن يحصل على المبيع بحالته ، وبذلك يأخذ على عاتقه تلك العيوب .

أما إذا كان من السهل على المشترى أن يعلم بالعيب ، فلا يكون له الرجوع كذلك ، إذ يكون العيب ظاهراً . هذا ما لم يؤكد له البائع خلو المبيع من عيب معين ، أو مالم يكن قد تعمد إخفاء العيب غشاً منه .

وقد بينت محكمة النقض ماهية العيب الخفى ، فى حكم لها قضت فيه بأنه : «يعتبر العيب خفياً متى كان المشترى غير عالم به ، وغير مستطيع أن يعلمه ، أو إذا لم يكن من الممكن اكتشافه بالفحص المعتاد الذى تعارف

---

(١) أما العيب الذى يطرأ بعد العقد وقبل التسليم ، فلا يضمنه البائع (أنظر : منصور مصطفى منصور : البحث السابق بند ٨ ص ٥٧٨) .

(٢) انظر : السنهورى : المرجع السابق ص ٧٢٤ . محمد لبيب شنب : شرح أحكام عقد البيع ١٩٦٦ ص٢٢٥ والأحكام المشار اليها بالهامش رقم ٢

ثم أنظر فيما سبق بند رقم ٥ من هذا البحث ، وخاصة ما أوردناه فى هامش ٢ ص ١٠ .

الناس على القيام به ، بل كان يتطلب خبرة خاصة وفحصاً معيناً ، أو كان من السهل اكتشافه بالفحص المعتاد وأثبت المشترى أن البائع قد أكد له خلو المبيع من هذا العيب، أو أثبت أنه تعمد إخفاء العيب غشاً منه » (١).

ذلك أن العيب فى هذه الحالة يكون خفياً أو غير معلوم أولا يستطاع العلم به . وبذلك يكون المشترى حسن النية ، وبالتالى يستطيع أن يرجع على البائع بالضمان . وكذلك يكون الحكم متى كان من السهل عليه اكتشاف العيب ولكنه لم يفعل ، وبالتالى لم يعلم به فعلا ، اعتماداً منه على تأكيد البائع خلو المبيع منه ، أو لان البائع قد أخفى العيب غشاً منه ، وفى هذه الحالة الأخيرة تضحى بمصلحة البائع . ويكون المشترى أولى بالرعاية، فيخول الحق فى الرجوع بالضمان .

الفصل الثانى : حالة الاعباء أو التكاليف

٨ — هل يلزم حسن النية للرجوع بالضمان فى هذه الحالة - تقسيم الموضوع : يتجه الرأى السائد فى ظل القانون الفرنسى إلى أنه إذا كان التعرض راجعاً إلى ظهور أعباء أو تكاليف charges على المبيع ، فانه يلزم لرجوع المشترى بالضمان أن يكون حسن النية ، يجهل وجود تلك الاعباء التى يتحمل بها المبيع . وعلى ذلك إذا ظهر تعرض الغير فى صورة تكليف على المبيع ، كما إذا ادعى بوجود حق ارتفاق أو حق انتفاع أو استعمال أو ايجار ، لا يكون للمشترى الرجوع بالضمان على البائع ، متى كان عالماً بوجود مثل هذا التكليف . ذلك أنه قد تعامل على بينة من الأمر ، فلا يحق له أن يشكو ، خاصة إذا روعى أن تحديد الثمن يتفق مع مراعاة وجود مثل تلك التكاليف أو الاعباء (٢) .

---

(١) نقض مدنى فى ١٩٦٢/٦/٤ السابق الإشارة اليه

(٢) أنظر فى هذا : Josserand : القانون المدنى الفرنسى ط ٢ جـ ٢ بند ١١٠٨ ص ٥٧٩ Planiol-Ripert et Hamel : المرجع السابق جـ ١٠ بند ٩٨ ص ١٠٣ وبند ٩٩ ص ١٠٤ وكذلك بند ١٠٢ ص ١٠٨ .Baudry et Saignat : المرجع السابق بند ٣٨٦ وما بعده .

ومع ذلك فان القانون المصرى لا يتفق فى هذا الصدد مع القانون الفرنسى ، ومع الاتجاه السائد فى ظله ، إذ يبدو أنه يفرق بين الاعباء أو التكاليف التى يتحمل بها المبيع ، وبين حقوق الارتفاق .

ولهذا نعرض للحكم بالنسبة للقانون المصرى ، ثم للحكم بالنسبة للقوانين الأخرى ، ونبين ما يتجه اليه الرأى فى هذا الصدد ، ثم نبين ضرورة التفرقة بين التكاليف وبين الاستحقاق الكلى أو الجزئى من حيث اشتراط حسن النية ، وتحديد المقصود بالتكاليف وتمييزها عن حالات الاستحقاق الجزئى والعيوب ، ثم نعرض بعد ذلك لحالة حقوق الارتفاق .

المبحث الأول

فى ظل القانون المصرى

٩ — التفرقة بين التكاليف وبين حقوق الارتفاق : لم يساير القانون المصرى الاتجاه السائد فى ظل القانون الفرنسى ولم يأخذ بما أخذت به القوانين الأخرى بالنسبة لحالة وجود أعباء أو تكاليف على المبيع كانت معلومة للمشترى عند البيع .

فقد نصت المادة ٤٤٥/٢ مدنى على أنه : «ويفترض فى حق الارتفاق أن البائع قد اشترط عدم الضمان ، إذا كان هذا الحق ظاهراً ، أو كان البائع قد أبان عنه للمشترى» . أما بالنسبة للتكاليف الأخرى ، غير حق الارتفاق ، فلم يرد حكم مماثل ، ولكن المادة ٤٤٤/١ مدنى اعطتها حكم الاستحقاق الجزئى ، أى استحقاق بعض المبيع . فقد نصت هذه المادة على أنه : «إذا استحق بعض المبيع ، أو وجد مثقلا بتكليف ، وكانت خسارة المشترى من ذلك قد بلغت قدراً لو علمه لما أتم العقد ، كان له أن يطالب البائع بالمبالغ المبينة فى المادة السابقة (وهى المبالغ التى يرجع بها المشترى فى حالة الاستحقاق الكلى) ، على أن يرد له المبيع وما أفاده منه» .

ومن هذا يتضح أن المشرع يفرق بين حقوق الارتفاق وبين غيرها من التكاليف . إذ يبدو من نص المادة ٤٤٤/١ أنه يعامل التكاليف معاملة الاستحقاق الجزئى لبعض المبيع ، على الأقل من حيث ما يكون للمشترى

الرجوع به . ومعنى ذلك أن للمشترى أن يرجع على البائع ، فى حالة ظهور تكاليف ، كما يرجع فى حالة استحقاق بعض المبيع ، بصرف النظر عن حسن أو سوء نيته ، أى بصرف النظر عما إذا كان يعلم بوجود التكاليف على المبيع أو لا يعلم بها (١) . أما بالنسبة لحالة حقوق الارتفاق فقد اختصتها المادة ٢/٤٤٥ بحكم مستقل بها .

وبعبارة أخرى ان وجود تكليف على المبيع يجعل للمشترى الحق فى الرجوع بالضمان ، طبقاً لأحكام الضمان فى حالة الاستحقاق الجزئى التى أشارت اليها المادة ١/٤٤٤ مدنى ، ويكون له هذا الرجوع ، حتى ولو كان يعلم بوجوده . إلا أنه إذا تعلق الأمر بحق ارتفاق على المبيع ، فان علم المشترى به ، سواء لأنه كان ظاهراً ، أم لأن البائع قد ابان عنه للمشترى لا يجعل له الحق فى الرجوع بالضمان على أساسه ، إذ يفترض فى هذه الحالة أن البائع قد اشترط عدم الضمان . فالتفرقة اذن واضحة فى القانون المصرى بين التكاليف وبين حقوق الارتفاق من حيث حسن أو سوء نية المشترى. وهذه التفرقة لا توجد فى القوانين الأخرى .

المبحث الثانى

فى ظل القوانين الاخرى

١٠ – اختلاف موقفها عن القانون المصرى ، واقتراح تعديل القانون المصرى فى هذا الصدد : و إذا كان المشرع المصرى يفرق بين التكاليف وبين حقوق الارتفاق على النحو السابق ، فان القانون الفرنسى ، وبعض القوانين العربية الأخرى تقف موقفاً مغايراً .

ذلك أن المادة ١٦٢٦ مدنى فرنسى تقضى بالتزام البائع بضمان استحقاق كل المبيع أو بعضه ، وبضمان الاعباء charges التى يدعى بها عليه والتى لم يصرح بها عند البيع (٢) . ومعنى ذلك أن البائع يضمن الاعباء بصفة عامة

---

(١) هذا ما لم يشترط البائع عدم الضمان بالنسبة للتكاليف . انظر : السنهورى : عقد البيع ، المرجع السابق ص ٦٩٢ بالهامش . و انظر كذلك ص ٧٠٢ هامش رقم ١ .

(٢) أنظر كذلك المادة ١٦٣٨ مدنى فرنسى .

متى كان المشترى حسن النية ، غير عالم بوجودها . فاذا ظهر تعرض الغير في صورة تكليف على المبيع ، كما إذا ادعى بوجود حق ارتفاق أو حق انتفاع أو حق استعمال ، أو حق ايجار ، لا يكون للمشترى الرجوع بالضمان ، متى كان عالماً بوجود هذا التكليف . هذا هو الاتجاه السائد فى ظل القانون الفرنسى (١) .

ويتفق هذا الاتجاه السائد فى ظل القانون الفرنسى مع ما تقضى به المادة ٤٢٩ من قانون الموجبات والعقود اللبنانى ، التى تفرق بين الاستحقاق الكلى أو الجزئى ، وبين الاعباء التى يدعى بها على المبيع . فقد نصت هذه المادة على : « أنه وان لم يشترط وقت البيع شىء مختص بالضمان ، فالبائع ملزم بأن يضمن للمشترى ما يصيبه من استحقاق الغير للمبيع كله أو لقسم منه ، ومن الاعباء charges المدعى بها على المبيع التى لم يصرح بها عند البيع » . ومعنى ذلك أنه إذا كان يلزم فى ظل هـــذا القانون أن تتوافر ، فى حالة الاستحقاق الكلى أو الجزئى للمبيع ، الشروط المتعلقة بضمان الاستحقاق من حيث أن يكون التعرض الصادر من الغير تعرضاً قانونياً ، يستند فيه الغير إلى حق سابق على البيع أو لاحق عليه ولكنه نشأ بفعل البائع ، وأن يكون حالا قائماً ، فانه يلزم بالنسبة للأعباء أو التكاليف التى تظهر على المبيع أن تكون غير معروفة من المشترى عند البيع . بمعنى أنه لا يكون له أن يرجع على البائع بالضمان إلا إذا كان حسن النية ، يجهل وجود تلك الاعباء .

ونص القانون اللبنانى ، كما هو الشأن بالنسبة لنص القانون الفرنسى ، ينصرف إلى جميع الاعباء التى يدعى بها على المبيع ، فلا يقتصر على حقوق

---

(١) أنظر فى هذا : Laurent : المرجع السابق ج ٢٤ بند ٢٦٦ ص ٢٦٤ (وهو يقصر التكاليف على الحقوق العينية) . Baudry et Saignat : المرجع السابق بند ٣٨٦ وما بعده وخاصة بند ٣٨٨ ، وهو يصرف التكاليف إلى كل الحقوق العينية والشخصية ، وذلك استناداً إلى عمومية نص المادة ١٦٢٦ التى تتكلم « عن الاعباء المدعى بها على المبيع والتى لم يصرح بها عند البيع » :
"des charges prétendues sur cet objet, et non déclarés lors de la vente."

وأنظر كذلك Josserand : المرجع السابق ج ٢ بند ١١٠٨ ص ٥٧٩ — ٥٨٠ .
Planiol-Ripert et Hamel : المرجع السابق ج ١٠ بند ٩٨ ص ١٠٢ — ١٠٤ .

الارتفاق وحدها . ذلك أن كلمة أعباء أو تكاليف charges غير قاصرة على حق معين . وعلى هذا فان أى حق يثبت للغير على المبيع ، ولم يكن المشترى يعلم به عند البيع ، يخول له الرجوع بالضمان ، سواء كان هذا الحق عينياً أم شخصياً (١) .

— ويقف القانون العراقى كذلك موقفاً مغايراً للقانون المصرى (٢) ، ويقترب من نص القانون الفرنسى واللبنانى فى هذا الصدد . فقد نص فى المادة ٥٥٥/١ منه على أنه «إذا استحق بعض المبيع ، أو كان مثقلا بتكليف لا علم للمشترى به وقت العقد ، كان للمشترى أن يفسخ العقد» . ففى حالة ما إذا كان المبيع مثقلا بتكليف ، يلزم لرجوع المشترى بالضمان أن يكون حسن النية ، لا علم له به وقت العقد . فاذا كان المشترى يعلم وقت العقد بالتكليف الذى يثقل المبيع ، كان سىء النية ، وتبعاً لذلك لا يستفيد من الجزاء الذى قرره القانون فى هذا الصدد . وبالاضافة إلى ذلك فقد أورد القانون العراقى فى المادة ٥٥٦/٢ نصاً مماثلا للقانون المصرى المتعلق بحق الارتفاق ، يقضى بأنه يفترض فيه أن البائع قد اشترط عدم الضمان ، إذا كان هذا الحق ظاهراً ، أو كان البائع قد أبان عنه للمشترى .

---

(١) أنظر : Baudry et Saignat : المرجع السابق بند ٣٨٨ . موسوعة دالوز تحت «بيع» رقم ١٣٣٧ وما بعده والمراجع المشار اليها فى هذا الصدد . البدراوى : بند ٣٠٠ ص ٤٥٤ . السنهورى : ص ٦٥٢ بالهامش . وتمشياً مع هذا ، حكم فى ظل القانون الفرنسى ، تطبيقاً للمادة ١٦٢٦ مدنى ، المقابلة للمادة ٤٢٩ من قانون الموجبات والعقود اللبنانى ، بأن بائع العقار الذى لم يخطر المشترى بوجود امتداد قانونى للايجار ، تم بموافقته إلى أحد المستأجرين ، يسأل عن التعويض قبل المشترى ، على أساس أعباء مدعى بها على المبيع ، ولم يصرح بها عند البيع ، وليس على أساس عيب خفى فى المبيع . انظر نقض فرنسى عرائض فى ١٨٨٧/٦/٦ (D. P. 88.1.216) . ومحكمة باريس فى ١٩٦٥/١١/٢ (D. 1956. Somm. 132) وانظر كذلك : نقض فرنسى ، الدائرة الاجتماعية فى ١٩٦٢/٧/١٠ (J.C.P. 1962.4.123)

(٢) أما القانون السورى فقد أورد حكماً مماثلا لما أوردته المادة ٤٤٤٪١ من حيث اعطاء التكاليف حكم الاستحقاق الجزئى . ولكنه لم يورد نصاً مماثلا للمادة ٤٤٥٪٢ الخاصه بحقوق الارتفاق . ومعنى ذلك أنه فى حالة ظهور حق ارتفاق على المبيع ، يكون حكمه حكم التكاليف بصفة عامة والتى نصت عليها المادة ٤١٢ مدنى سورى وأعطتها حكم الاستحقاق الجزئى أنظر كذلك : مصطفى الزرقا : عقد البيع فى القانون السورى ، ط ٥ سنة ١٩٦٣ بند ١٦٩

يتضح لنا مما سبق أن كلا من القانون الفرنسى واللبنانى والعراقى ، قد وقف موقفاً يختلف عن موقف القانون المصرى فى هذا حيث عرض المشرع فى تلك القوانين للتكاليف التى توجد على المبيع بصفة عامة ، واستلزم للرجوع بالضمان من أجلها أن يكون المشترى حسن النية ، يجهل وجودها وقت البيع . وكان جديراً بالمشرع المصرى أن ينص على ذلك، كما فعلت تلك القوانين .

ويبدو أن هذا النظر قد لاقى صدى فى لجنة مراجعة القانون المدنى المصرى ، فعدلت المادة ٤٤٥/٢ من القانون القائم ، والتى تتكلم عن حق الارتفاق ، بحيث أصبحت تنصرف إلى الحقوق الأخرى التى توجد على المبيع وتنقص من الانتفاع به . فقد ورد النص بعد تعديله على النحو التالى: «ولا يضمن البائع حقاً ينتقص من انتفاع المشترى بالمبيع إذا كان قد أبان عنه للمشترى ، أو كان هذا الحق ارتفاقاً ظاهراً ، أو ارتفاقاً قانونياً »(١) .

فطبقاً لهذا التعديل المقترح ، يشترط لرجوع المشترى على البائع بالضمان أن يكون حسن النية ، لا يعلم بوجود الحق الذى ينتقص من انتفاعه بالمبيع . فلا يضمن البائع هذا الحق إذا كان قد أبان عنه للمشترى، بحيث يعتبر هذا الأخير سيء النية . كما لا يضمن حق الارتفاق الظاهر ولا حق الارتفاق القانونى . وسنعود إلى هذا عند كلامنا بصفة خاصة عن ضمان حقوق الارتفاق (٢) .

---

(١) انظر ما جاء فى هذا الصدد بمحضر اجتماع الجلسة رقم ١٠٥ فى ١٩٦٥/٦/١٢ ص ٩ من أعمال لجنة المراجعة المشار اليها . وأنظر كذلك : أنور سلطان وجلال العدوى : عقد البيع ١٩٦٦ ص ٣٢٣ هامش رقم ١ .

(٢) وكان يكفى أن ينص فى هذا الصدد على أن علم المشترى بوجود تكاليف على المبيع لا يجعل له الحق فى الرجوع بالضمان ، كما فعل القانون العراقى فى المادة ١/٥٥٥ مدنى ، خاصة وأن كلمة «تكاليف» تنصرف ، كما قلمنا فى المتن ، وكما سنرى فيما بعد ، وطبقاً للرأى السائد فى ظل القانون الفرنسى ، إلى جميع الحقوق التى تظهر على المبيع . (أنظر مع ذلك ما أوردته لجنة المراجعة فى المحضر السابق ص ٨) . كما أن الاكتفاء بالنص على علم المشترى يشمل كل حالات هذا العلم ، بصرف النظر عن مصدره . وبذلك نتجنب الخلافات القائمة حول هذا الموضوع.

هذا بالنسبة للحكم فى ظل القوانين الأخرى ، وما ينبغى أن يكون عليه الوضع من الناحية التشريعية بشأن التكاليف أو الاعباء التى توجد على المبيع ، ومع ذلك فان الفقه الغالب فى ظل القانون المدنى القائم يرى مد القواعد الواردة بالنسبة لحقوق الارتفاق إلى التكاليف بصفة عامة ، من حيث كون العلم بها يسقط حق المشترى فى الضمان ، فنعرض لذلك فيما يلى .

المبحث الثالث

ما يتجه اليه الرأى فى شأن التكاليف التى توجد على المبيع

١١ – اتجاه الفقة الى تعميم حكم حقوق الارتفاق ليسرى على كافة التكاليف : وقد انقسم الفقه فى مصر حول مد حكم المادة ٤٤٥/٢ المتعلق بحق الارتفاق إلى سائر التكاليف الأخرى التى توجد على المبيع .

إذ يرى البعض من الفقهاء أنه لا يجوز التوسع فى هذا الصدد، والاكتفاء بقصر الاستثناء على حق الارتفاق ، فلا يلحق به فى الحكم أى تكايف آخر كحق انتفاع أو حق حكر . ومعنى ذلك أن الضمان يتحقق فى حالة الحقوق الأخرى غير الارتفاق ، حتى ولو كان المشترى يعلم بها عند البيع (١) .

ويضيف بعض أنصار هذا الاتجاه أنه لا يمكن تطبيق حكم المادة ٤٤٥/٢ الخاص بالارتفاق على الحقوق الأخرى بطريق القياس ، وذلك بالقول ان اعلام البائع المشترى بوجود سبب الاستحقاق لا يفترض معه عدم الضمان . وحتى نكون بصدد اعفاء من الضمان لابد من اتفاق صريح أو ضمنى بين البائع والمشترى (٢) . ومن الواضح أن هذا الرأى الأخير لا يوافق

---

(١) أنظر فى هذا : الدكتور عبد الفتاح عبد الباقى: محاضرات فى العقود: الجزء الثانى ؛ عقد البيع ، بند ١٦٠ ص ٢٥٥ – ٢٥٦ . السنهورى : عقد البيع ، المرجع السابق ص ٦٥٢ بالهامش وص ٧٠٢ هامش ١ .

(٢) أنظر فى هذا : منصور : عقد البيع بند ٨٧ ص ١٨٧ – ١٨٨ . وانظر كذلك : عبد الفتاح عبد الباقى ، الموضع المذكور بالهامش السابق .

على مد الحكم الخاص بالارتفاق إلى كافة أسباب الاستحقاق الأخرى ، ولا يقف لدى مد هذا الحكم إلى التكاليف فقط التى قد يتحمل بها المبيع ، حيث يجب أن يفرق فى هذا الصدد بين التكاليف من جهة وبين الاستحقاق الكلى أو الجزئى من جهة أخرى، على ما سنرى (١) .

وعلى خلاف الاتجاه السابق يتجه غالبية الفقهاء فى مصر إلى قياس سائر التكاليف الأخرى على الارتفاق ، وذلك فى حالة ما إذا أعلم البائع المشترى بوجود التكليف . وعلى ذلك إذا أعلم البائع المشترى بوجود حق انتفاع على العين المبيعة ، فلا رجوع للمشترى عليه بالضمان إذا ما طالب المنتفع بالانتفاع بالعين . وكذلك الحال إذا أخطر البائع المشترى بأن العين مؤجرة للغير (٢) .

ويقتضى القياس فى هذا الصدد أن يكون البائع قد أبان للمشترى عن التكليف الواقع على العقار . إذ أنه إذا ما تحقق ذلك افترض أن البائع قد اشترط عدم الضمان ، كما تقضى المادة ٢/٤٥٥ بالنسبة لحق الارتفاق. وإذا كان الأمر يتعلق بافتراض فى هذه الحالة فمعنى ذلك أنه قد يتضح أن ارادة الطرفين لم تتجه إلى ذلك ، أى لم تتجه إلى أن البائع قد اشترط عدم الضمان (٣) . فالافتراض لا يقوم الا على قرينة قانونية بسيطة، ولذلك

---

(١) وانظر : أنور سلطان وجلال العدوى ، بند ٤٠٦ حيث جاء أنه : «إذا كان يمكن أن نقيس علم المشترى ببعض الحقوق الأخرى التى قد تنقص من قيمة المبيع أو الانتفاع به على حق بوجود حق ارتفاق ، فانه لا يمكن أن نقيس علم المشترى بوجود سبب من أسباب الإستحقاق الكلى على علمه بوجود حق ارتفاق على المبيع » .

(٢) اسماعيل غانم : عقد البيع (١٩٥٨) ص ١٧٧ - ١٧٨ . وانظر كذلك سليمان مرقص ومحمد على امام : عقد البيع ، بند ٢١٨ ص ٣٤٧ . أنور سلطان : شرح البيع والمقايضة ط ٢ (١٩٥٢) بند ٢٤١ ص ٣٠٣ . البدراوى : بند ٣٠٠ ص ٤٥٣ - ٤٥٤ . أنور سلطان وجلال العدوى : (١٩٦٦) بند ٤٠٦ ص ٣٢٢ - ٣٢٣ وكذلك : بند ٤٢٠ ص ٣٣٢ . محمد لبيب شنب : المرجع السابق آخر بند ١٦٤ ص ٢١٤ .

(٣) سليمان مرقس ومحمد على امام : المرجع السابق بند ٢١٨ ص ٣٧٤ . محمد لبيب شنب : المرجع السابق بند ١٦٤ فى آخره ص ٢١٤ .

يجوز للمشترى أن يهدم تلك القرينة باقامة الدليل على أن الارادة المشتركة لم تقصد اعفاء البائع من الضمان (١)

والواقع أن قصر الحكم السابق على حالة حقوق الارتفاق وحدها لامبرر له ، خاصة وأن وجود تكاليف أخرى على العقار من شأنها أن تؤثر على قيمة المبيع أو على الانتفاع به ، كما يؤثر وجود حق ارتفاق عليه . ولهذا يجب أن يمتد الحكم الوارد فى المادة ٢/٤٥٥ مدنى إلى كافة الاعباء أو التكاليف التى تقع على المبيع . ويقول البعض من الفقهاء المؤيدين لهذا الاتجاه ان هذا ليس «سوى تطبيق للمنطق البحت . فالمشترى يحق له أن يعتقد أنه يشترى الملكية التامة الكاملة التى لا يرد عليها قيد أو تكليف . فاذا كان الواقع على خلاف هذا ، كان على البائع أن يخطر المشترى به ، حتى يدخل ذلك فى تقديره للثمن ، بل وللملاءمة المبيع بالحالة التى هو عليها لحاجته . فاذا لم يفعل البائع ذلك ، فاما أنه خرج على مقتضى حسن النية لكتمانه هذا الأمر الجوهرى ، وإما أنه كان لا يعلم به ، فهو مقصر . وفى الحالتين يجب أن يكون مسئولا عما يفاجأ المشترى به بعد البيع من حقوق أو تكاليف » (٢).

هذا هو ما ينبغى أن يكون بالنسبة للتكاليف الأخرى ،غير حق الارتفاق إذ لا يوجد ما يبرر التفرقة بينها ، خاصة وأن حق الارتفاق ما هو الا تكليف أو عبء يتقرر على المبيع . وإذا كان مقتضى القياس فى هذا الصدد يستلزم أن يقوم البائع بالابانة للمشترى عن التكليف الواقع على المبيع حتى يتحقق علم المشترى ، فاننا لا نوافق على موقف المشرع فى هذا الصدد من حيث استلزام أن يكون علم المشترى بحق الارتفاق أو بالتكاليف بصفة عامة ، عن هذا السبيل وحده . وسنعود إلى ذلك فيما بعد .

وبالاضافة إلى ما تقدم فانه ينبغى أن يراعى أن عبارة المشرع الواردة فى المادة ١/٤٤٤ «إذا وجد مثقلا بتكليف» تحمل فى طياتها معنى المفاجأة

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقى : المرجع السابق ص ٢٥٥ .

(٢) عبد المنعم البدراوى : عقد البيع ، المرجع السابق بند ٣٠٠ ص ٤٥٤ .

للمشترى . إذ وجود المبيع مثقلا بتكليف يعنى أنه لم يكن يعلم بذلك وقت البيع ، أى كان حسن النية ، وبالتالى يكون له الرجوع بالضمان . ويفهم من ذلك أنه إذا كان سيئ النية ، فانه لن يفاجأ ، وتبعاً لذلك لا يكون له الرجوع بالضمان . فشرط ضمان البائع للتكاليف التى كانت موجودة على المبيع عند البيع هو عدم علم المشترى بها ، دون تحديد لمصدر هذا العلم (١)

المبحث الرابع

التفرقة بين التكاليف وبين الاستحقاق الكلى او الجزئى

١٢ — **ضرورة هذه التفرقة ومبرراتها** : يتبين لنا مما تقدم أنه إذا كان يجب أن يسوى بين التكاليف التى توجد على المبيع وبين حقوق الارتفاق من حيث أثر العلم بكل منها (٢) ، فان هذا لا يمتد إلى أسباب الاستحقاق الكلى أو الجزئى للمبيع . إذ أن علم المشترى بأسباب الاستحقاق الكلى أو الجزئى لا يرتب نفس الأثر (٣) .

ذلك أنه إذا كان لا يلزم للرجوع بالضمان — من حيث المبدأ — فى حالة الاستحقاق الكلى أو الجزئى ، توافر حسن نية المشترى ، أى جهله بأسباب الاستحقاق ، فان حسن نية المشترى — على ما نرى — شرط لازم للرجوع بالضمان فى حالة التكاليف . أى أن شرط حسن النية للرجوع بالضمان خاص بالتكاليف فقط ، دون أسباب الاستحقاق الكلى أو الجزئى (٤) ، وذلك طبقاً للرأى السائد فى الفقه ، ولما اتجهنا اليه من قبل .

ويبرر الفقه الفرنسى هذه التفرقة على اعتبار أنه «إذا كان يفترض أن

---

(١) انظر فى هذا الاتجاه كذلك : البدراوى : المرجع السابق ص ٤٥٣

(٢) مع مراعاة ان القانون يستلزم فى حالة الارتفاق أن يكون العلم من سبيل معين ، على ما قدمنا .

(٣) وهذا يقتضى أن نحدد المقصود بالتكاليف والمقصود بكل من الاستحقاق الكلى أو الجزئى ، وهو ما سنتولاه فيما يلى .

(٤) ومع ذلك فان علم المشترى بأسباب الاستحقاق الكلى أو الجزئى ، إذا لم يكن من شأنه أن يحرم المشترى بصفه تامة من الرجوع بالضمان ، إلا أنه يرتب بعض الآثار ، كما سنرى فيما بعد عن الكلام عن حالة الاستحقاق .

المشترى قد قبل المبيع مع ما عليه من تكاليف يعلم بها ، فانه لا يمكن القول إنه قد قبل سلفاً خطر الاستحقاق ، حتى ولو علم به ، ما لم يتفق على خلافه . ويترتب على ذلك أن سوء نية المشترى — التى تلعب دوراً هاماً فى الآثار التى تترتب على الاستحقاق — لا تؤدى إلى سقوط الضمان كلية الا فى حالة التكاليف فقط» (١) .

ويضيف الفقه إلى هذا أنه إذا علم المشترى بالتكليف الذى يقع على المبيع فان هذا يؤدى إلى الاعتقاد بأنه قد قبل أن يحصل عليـه مع ما يتحمل به من نقص فى الانتفاع . وهذا يعتبر فارقاً هاماً بين هذا النوع من التعرض وبين التعرض فى كل المبيع أو بعضه (٢) .

والواقع أنه إذا كان المشترى يعلم بالتكليف الذى يقع على المبيع ، وبأن من شأنه أن يؤثر على الانتفاع به والافادة منه ، ثم تعاقد رغم ذلك ، فان هذا يعنى استبعاد الالتزام بالضمان بالنسبة لهذا السبب الذى علم به (٣) .

أما فى حالة الاستحقاق الكلى أو الجزئى : فان الأمر يختلف. ذلك أن الالتزام بالضمان لا يسقط عن البائع نهائياً إلا إذا اشترط عدم الضمان، وكان المشترى يعلم وقت البيع سبب الاستحقاق ،أو كان قد اشترى ساقط

---

(١) Planiol-Ripert ct Hamel : المرجع السابق حـ١٠ بند٩٩ ص١٠٤ - ١٠٥. وانظر كذلك حكم نقض مدنى فرنسى فى ٩ مارس ١٩٣٧ فى (D.H. 1937.253) وفى (S. 1937.1.164)) وانظر مع ذلك هامش ١ ص ١٠٥ من المرجع المذكور .

(٢) Planiol-Ripert et Hamel : المرجع السابق بند ٩٨ ص١٠٣. ويضيف هؤلاء الفقهاء (هامش ١ ص ١٠٣) ان هذا الفارق كاف لتبرير الطريقة التى اتبعها المشرع الفرنسى فى القانون المدنى من حيث اعتباره التعرض المستند إلى قيام تكاليف غير مصرح بها نوعاً ثالثاً من أسباب التعرض ، يختلف عن الاستحقاق الجزئى . انظر كذلك بقية الهامش المشار اليه من المرجع المذكور أعلاه .

(٣) وهذا هو الشأن كذلك بالنسبة لحالة علمه بالعيب . فعلم المشترى بالعيب، واقدامه رغم ذلك على التعاقد ، يعنى استبعاد الالتزام بالضمان بالنسبة للعيب الذى تحقق العلم بالنسبة له .

الخيار . وهذا ما يقرره المشرع فى المادة ٤٤٦ مدنى (١) . أما بالنسبة لحق الارتفاق ، فانه لا يلزم أن يتضمن العقد شرطاً خاصاً بعدم الضمان ، إذا كان حق الارتفاق ظاهراً ، أو كان البائع قد أبان عنه للمشترى (٢) . وكذلك بالنسبة لسائر التكاليف الأخرى التى يمكن قياسها على حق الارتفاق ، على نحو ما قدمنا .

هذا فضلا عن أن المشترى الذى يتبين سبباً من أسباب الاستحقاق أو يحاط علماً بوجوده ، يأمل دائماً أن البائع سيتخذ من الاحتياطات ما يجنبه هذا الاستحقاق . فاذا لم يقم البائع بذلك ، كان للمشترى الذى أخطأ التقدير أن يدعى عدم تنفيذ البائع لالتزامه بالضمان . الا أنه لما كان من المحتمل أن يكون المشترى قد وثق فى البائع أكثر مما ينبغى ، فان خطأه فى هذه الحالة يدخل فى الاعتبار لانقاص ما يحكم به عادة على البائع الذى أخل بالتزامه(٣)

المبحث الخامس

تحديد المقصود بالتكاليف وتمييزها عن حالات الاستحقاق الجزئى والعيوب

١٣ — **تحديد المقصود بالتكاليف** : إذا كنا قد بينا أنه ، فى ظل القانون الفرنسى ، وبعض القوانين الأخرى ، يفرق بين التكاليف التى توجد على المبيع ، وبين الاستحقاق الكلى أو الجزئى من حيث أثر حسن نية المشترى ،

---

(١) وقد جاء فى صدد هذا النص بمذكرة المشروع التمهيدى (الأعمال التحضيرية جـ٤ ص١٠٦) ، فاذا كان الاستحقاق ناشئاً عن فعل الغير ، ولم يتعمد البائع اخفاء حق هذا الغير ، صح شرط عدم الضمان ، ولكن البائع يبقى مسئولا عن رد قيمة المبيع .. ويكون البائع غير مسئول عن رد شىء ما إذا صحب شرط عدم الضمان أحد أمرين : علم المشترى بسبب الاستحقاق أو شراؤه ساقط الخيار ، لأن البيع فى هذه الحالة يكون بيعاً احتمالياً» .

(٢) وقد جاء فى المذكرة الايضاحية أن اعلام البائع للمشترى بوجود حق ارتفاق على المبيع يعتبر شرطاً من البائع بعدم الضمان لهذا الحق مقترناً بعلم المشترى بسبب الاستحقاق ، فلا يرجع المشترى بشىء على البائع . ويقوم مقام اعلام البائع للمشترى بحق الارتفاق أن يكون هذا الحق ظاهراً للمشترى (الأعمال التحضيرية جـ ٤ ص ١٠٦) .

(٣) أنظر فى هذا

B. Gross : La notion d'obligation de garantie dans le droit des contrats, thèse (Bibliothèque de droit privé, T. XLII) 1964, No. 147, p. 137.

ورأينا أنه ينبغى أن يدخل فى الاعتبار علم المشترى بالتكاليف التى توجد على المبيع أو جهله بها من حيث عدم إمكان رجوعه بالضمان ، أو من حيث إمكان ذلك ، فانه ينبغى لنا أن نحدد ماذا يقصد بالتكاليف فى هذا الصدد.

لا صعوبة فى التمييز بين وجود تكاليف على العقار وبين استحقاق المبيع ، فى حالة الاستحقاق الكلى . ففى حالة الاستحقاق الكلى تثبت ملكية المبيع للغير ، ويقوم المالك الحقيقى باسترداد المبيع كاملا . كما يتحقق ذلك أيضاً فى حالة ما إذا فشل المشترى نفسه فى استرداد المبيع من شخص ثالث كان حائزاً له . فى هاتين الحالتين يقع تعرض من المالك الحقيقى . وقد يكون المالك الحقيقى هو المشترى نفسه إذا تغير سنده واكتسب ملكية المبيع بأى سبب آخر . ويقع الاستحقاق كذلك إذا قام المشترى — بعد أن كان قد دفع الثمن — بدفع دين المرتهن الذى باشر التنفيذ على المبيع ، حتى يتلافى نزع ملكية المبيع أو إذا تخلى عنه حتى يتلافى اجراءات نزع الملكية فى مواجهته . فى جميع هذه الحالات ، بل وفى كل الحالات الأخرى التى يحصل فيها التعرض بالنسبة للمبيع بأكمله ، يقع الاستحقاق الكلى (١).

وفى حالة الاستحقاق الجزئى ، يقع الاستحقاق على جزء من المبيع فقط ، أى فى قسم منه ، وقد يقع ذلك على حصة مفرزة أو شائعة . كما يتحقق كذلك فى حالة قيام المشترى بدفع مبلغ للدائن ، مرتهن العقار المبيع ، حتى يتلافى نزع ملكية العقار ، أو فى حالة عدم وجود حق ارتفاق ايجابى مقرر للعقار المبيع على عقار آخر ، كان قد تأكد وجوده عند العقد ، أو كان من الظهور بحيث أمكن للمشترى أن يعول على هذا الوجود (٢) .

---

(١) أنظر فى هذا : Laurent : المرجع السابق بند ٢١٦ ص ٢١٦ — ٢١٧ : Aubry et Rau القانون المدنى الفرنسى ط ٥ جـ ٥ ، بند ٣٥٥ متن وهامش ١٣ .Baudry et Saignat: المرجع السابق بند ٣٥٠ .

(٢) Planiol-Ripert et Hamel : المرجع السابق بند ٩٧ ص ١٠١ هامش ٣ و ٤ . Beudant المرجع السابق بند ١٩٧ ص ١٥٠ ، Baudry et Saignat: بند ٣٨٦ وكذلك بند ٣٨٢ .

من هذا يتضح أنه فى حالة الاستحقاق الكلى أو الجزئى للمبيع يحرم المشترى من كل مزايا الحق المبيع أو بعضها ، بحيث يشكل ذلك اعتداء على ملكية المبيع كلها أو بعضها ، ويكون للمشترى الحق فى الضمان فى حالة الاستحقاق الجزئى مهما كانت أهمية الجزء الذى وقع فيه الاستحقاق . أما فى حالة ظهور تكليف على المبيع ، فان الأمر يختلف عن ذلك . إذ لا يتعلق الأمر بحرمان المشترى من كل أو بعض حقه فى ملكية المبيع ، ولكن يفرض عليه فقط التزام بتحمل نقص فى الانتفاع بالمبيع ، دون أن يشكل ذلك اعتداء على حق الملكية (١) .

من ذلك وجود حق انتفاع على المبيع ، فوجود هذا الحق للغير يعتبر تكليفاً يقع عليه ، إذ تظل للمشترى ملكية الرقبة مع تحمله مباشرة بنقص فى الانتفاع . وحق الانتفاع الذى يثبت للغير على المبيع حق عينى يخول لمن تقرر له التتبع ، ويحتج به فى مواجهة المشترى . فى هذه الحالة يبدو التعرض واضحاً ، لأن المشترى لا يحتفظ بالمبيع على حالته ، على الرغم من بقاء حق الملكية ثابتاً له (٢) .

ومن ذلك أيضاً حق الاستعمال (٣) ، ويمكن أن يقاس عليه كذلك حق السكنى . ومن التكاليف التى تقع على المبيع كذلك حقوق الارتفاق التى تتقرر للغير على العقار المبيع . وقد رأينا من قبل أن المشرع قد أفرد لحقوق الارتفاق نصاً خاصاً هو نص المادة ٢/٤٤٥ بين فيه شروط الرجوع بالضمان عند وجودها (٤) . ومن هذه التكاليف كذلك وجود حق حكر على المبيع (٥) .

ولا يلزم أن يكون التكاليف فى صورة حق عينى على المبيع ، بل يصح أن

---

(١) Planiol Ripert et Hamel المرجع المشار اليه بالهامش السابق بند ٩٨ ص ١٠٢ .

(٢) أنظر : Beudant المرجع السابق بند ١٩٦ ص ١٥٠ . ثم أنظر كذلك نقض مدنى فرنسى فى ١١ يونيو ١٩٥٤ (J.C.P. 1954. II. 8288) حيثيات الحكم ، وتعليق Becqné .

(٣) Baudry et Saignat المرجع السابق بند ٣٨٨ .

(٤) انظر كذلك : Baudry et Saignat : المرجع السابق بند ٣٨٦ Beudant : بند ١٩٧ ص ١٥٠ ، Planiol-Ripert et Hamel : بند ٩٨ ص ١٠٢ .

(٥) Laurent : المرجع السابق ج ٢٤ بند ٢٦٦ ص ٢٦٤ وهامش ٢ . وانظر كذلك : استئناف مختلط فى ٦ ديسمبر ١٩٣٢ ورد فى المحاماة س ١٤ رقم ٢٠٤ قسم ٢ ص ٣٩٧ .

يكون فى صورة حق شخصى كحق ايجار ، أو امتداد قانونى للايجار .
وهذا الأمر مسلم به فى ظل القانون الفرنسى (١) . ذلك أن المادة ١٦٢٦ منه ، والتى وضعت المبدأ العام فى الضمان ، قد وردت فى عبارات عامة مطلقة مبينة أن البائع يضمن للمشترى الاعباء أو التكاليف المدعى بها على المبيع ، والتى لم يصرح بها عند العقد . ولهذا لم يكن الأمر محل خلاف (٢) . أما فى مصر ، فلا مجال للخلاف فى ظل القانون المدنى القائم . إذ لم يستلزم المشرع أن يكون الغير الذى يتعرض للمشترى مستنداً إلى حق عينى . فقد اكتفت المادة ٤٣٩ مدنى بالنص على أن يكون للغير الذى يتعرض للبائع «حق على المبيع ، يحتج به على المشترى»،ولم يخصص هذا الحق بأن يكون حقاً عينياً أم حقاً شخصياً .

وبالاضافة إلى ما سبق ، فان الفقه الفرنسى يعتبر من التكاليف التى توجد على المبيع وجود ايراد دائم une rente perpétuelle متعلق بالعقار المبيع لصالح ملجأ . ذلك أن الالتزام بدفع الايراد فى هذه الحالة ينقص من الانتفاع بالعقار المبيع (٣) .

---

(١) أنظر مع ذلك :Laurent : الموضع المشار اليه بالهامش السابق .

(٢) أنظر فى هذا :Baudry et Saignat الرجع السابق بند ٣٨٨ Planiol-Ripert et Hamel المرجع السابق ص١٠٢ هامش٣ والأحكام العديدة المشار اليها . موسوعة دالوز تحت «بيع» رقم ١٤٣١ فى آخره . وقد حكم القضاء الفرنسى فى هذا الصدد ، وتطبيقاً للمادة ١٦٢٦ بأن بائع العقار الذى لم يخطر بوجود امتداد قانونى للايجار ، تم بموافقته إلى أحد المستأجرين ، يسأل عن التعويض قبل المشترى على أساس أعباء مدعى بها على المبيع ، ولم يصرح بها عند البيع ، وليس على أساس عيب خفى فى المبيع (أنظر نقض فرنسى فى ١٨٨٧/٦/٦ (D. P, 1888-1-216) باريس فى ١٩٥٥/١١/٢ (D. 1956. Somm. 132) وأنظر كذلك حكم الدائرة الاجتماعية فى ١٩٦٢/٧/١٠ ((J.C.P. 1962-4-123). ثم أنظر نقض مدنى فى ١٦ ديسمبر ١٩٥٨ (D. 1959.34) وذلك بالنسبة لبيع تم مع حق فى تعويض الاضرار الناشئة بسبب الحرب ، دون أن يبين فى العقد أن هناك إيجاراً قد تم من قبل يخول للمستأجرين الحق فى العودة إلى العين .

(٣) أنظر : Planiol-Ripert et Hamel المرجع السابق ص١٠٢ هامش٣ . ويبدو أن الأمر قد عرض فى حكم لمحكمة النقض الفرنسية فى ١٨٦٢/١/٢٨ (D. 1862.1.159) وقد اعتبرت المحكمة أن هذا البيع واجب الفسخ لعدم قيام البائع بالتزامه بالتسليم . وقد انتقد الفقهاء المذكورون أعلاه هذا الحكم على أساس أن الأمر لايتعلق بفسخ لعدم التسليم ، ولكن يتعلق بتطبيق قواعد ضمان التكاليف أو الاعباء غير المصرح بها .

– نخلص مما تقدم إلى أن تحديد الاعباء أو التكاليف التى توجد على المبيع يقتضى القول بأن كل ما يفرض على المشترى التزاماً بتحمل نقص فى الانتفاع بالمبيع ، دون أن يشكل ذلك اعتداء على حق الملكية كله أو بعضه ، يعتبر تكليفاً . وهو يعتبر كذلك ، ولا يعد استحقاقاً جزئياً ، حتى ولو كان من شأنه أن ينقص من قيمة المبيع (١) .

وإذا ما تعلق الأمر بتكليف على المبيع ، ترتب على ذلك أن علم المشترى به عند البيع يسقط حقه فى الضمان (٢) على ما قدمنا . كما أن ظهور تكاليف على المبيع يجعل من التعرض سبباً حالا قائماً ، حتى ولو لم تكن هناك منازعة قضائية ، يخول للمشترى الرجوع مباشرة بالضمان ، متى كان حسن النية يجهل وجود هذا التكليف عند البيع . ذلك أن مجرد اكتشاف التكايف يعتبر نقصاً حالا مباشراً فى الانتفاع ، ويخول الحق فى الضمان . وفى هذا يختلف ظهور تكاليف على المبيع عن حالات الاستحقاق الجزئى ، حيث لا يمكن الالتجاء إلى دعوى الضمان إلا إذا صار التعرض حالا قائماً (٣) .

وعلى الرغم من هذا المعيار فى تحديد المقصود بالتكاليف . الا أن من الحالات ما تدق فيها التفرقة ويثور فيها الخلاف حول ما إذا كان الأمر يتعلق بتكليف على المبيع أم باستحقاق جزئى .

١٤ – الخلاف حول وصف بعض الفروض، وهل هى تكليف أم حالات استحقاق جزئى : لا صعـوبة حول معرفة ما إذا كان الاستحقاق كلياً . أما فى حالة الاستحقاق الجزئى فقـــد تدق التفرقة فى بعض الفروض بين ما إذا كان الأمر يتعلق باستحقاق جزئى أو بتكليف . وقد قدمنا أن

---

(١) انظر Baudry et Saignat : المرجع السابق بند ٣٨٨. Laurent المرجع السابق بند ٢٦٦ ص ٢٦٤ . انظر كذلك : موسوعة دالوز تحت «بيع» رقم ١٣٣٩ .

(٢) مع مراعاة ما يقضى به القانون فى هذا الصدد بالنسبة لحق الارتفاق ، ومع مراعاة تحديد المقصود من العلم فى هذا الصدد ، على ما أشرنا اليه من قبل ، وعلى ما سنرى فيما بعد .

(٣) أنظر فى هذا : Planiol-Ripert et Hamel : المرجع السابق بند ٩٨ ص ١٠٣ Josserand المرجع السابق بند ١١٢٠ ص٥٨١

تحديد ذلك يرتب نتائج مختلفة من حيث علم أو جهل المشترى بسبب التعرض، وذلك طبقاً للرأى الذى بيناه من قبل .

ومن هذه الحالات ما عرض على القضاء الفرنسى بالنسبة لعمود للكهرباء كان مملوكاً لاحدى شركات توزيع الكهرباء وقائماً فى العقار المبيع (١). وقد قيل إن هذا يعتبر استحقاقاً جزئياً أكثر منه تكليفا أو عبئا غير مصرح به (٢) .

كما يثور الأمر بالنسبة لحقوق الارتفاق ، وإذا كنا قدمنا أن تخلف حقوق الارتفاق الايجابية ، المقررة للعقار المبيع على عقار آخر ، يعتبر استحقاقاً جزئياً ، وأن تحمل العقار المبيع بحقوق ارتفاق لصالح عقار مجاور يعتبر تكليفاً ، فان من الفقهاء من يرى أن الأمر فى هذه الحالة الأخيرة يتعلق باستحقاق جزئى . ومع ذلك فانه يبدو مما أورده بعض الفقهاء فى هذا الصدد أن تشبيه حقوق الارتفاق بالاستحقاق الجزئى انما هو فقط من حيث الآثار التى تترتب على الاستحقاق الجزئى (٣) . أما من حيث أن العلم بها يسقط الحق فى الضمان ، كما هو الشأن بالنسبة للتكاليف الأخرى ، فان الحكم يختلف حيث يستلزم القانون الفرنسى للضمان استناداً اليها أن تكون غير ظاهرة ، وغير مصرح بها منذ البيع (٤) . وهذا هو الحكم فى القانون المصرى كذلك بالنسبة لحقوق الارتفاق ، على ما سنرى .

ويثور الأمر أيضاً بالنسبة لحالة ظهور رهن على المبيع . إلا أنه ينبغى

---

(١) أنظر محكمة السين المدنية فى ١٩/٦/١٩١٣ (Gaz. Trib. 1913.2.254) انظر كذلك أمثلة أخرى فى موسوعة دالوز تحت «بيع» رقم ١٣٤٠ .

(٢) Planiol-Ripert et Hamel : المرجع السابق ص ١٠٢ هامش ٢

(٣) أنظر فى هذا : Laurent : المرجع السابق ، بند ٢٦٥ ص ٢٦٣ .
Baudry et Saignat المرجع السابق بند ٣٨٦ .

وأنظر مع ذلك Planiol-Ripert et Hamel المرجع السابق بند ٩٨ ص ١٠٢ حيث تقرر أن الارتفاقات السلبية انما هى اعباء على المبيع وقد أشار إلى حكم Angers فى ٢٧ فبراير ١٨٦٧ (S. 67.2.251) وفى : (D. 67.2.66)

(٤) أنظر : Beudant المرجع السابق بند ١٩٧ ص ١٥٠ – ١٥١

أن يراعى فى هذا الصدد أن مجرد وجود رهن على المبيع لا يعرض المشترى لنقص فى الانتفاع ، وانما يعرضه فقط لخطر الاستحقاق ، ولهذا لا يعتبر تكليفاً يقع على المبيع . وتبعاً لذلك لا يعد مجرد علم المشترى بوجوده وقت البيع مسقطاً لحقه فى الضمان . ذلك أن الرهن ليس الا تهديداً باستحقاق المبيع إذا ما أراد الدائن مباشرة إجراءات نزع الملكية ، أما قبل ذلك فان البائع يأمل دائماً أن يتخلص منه . ويظل التزامه بالضمان قائماً حتى ولو كان المشترى قد علم به منذ البداية [1].

وإذا كان الرهن يختلف عن التكاليف التى تقع على العقار ، على ما بينا من حيث أثر العلم به وقت البيع ، وكان مجرد وجوده لا يخول الرجوع على البائع بالضمان ، إذ ليس هناك خطر تعرض حال ، فانه إذا تحقق هذا الخطر كان للمشترى الحق فى الضمان . وهذا ما يقرره الفقه وتأخذ به محكمة النقض المصرية . فقد قضت بأن «حق الضمان لا ينشأ الا من وقت منازعة الغير للمشترى فى حيازته للمبيع وانتفاعه به ، منازعة مبنية على دعوى حق «عينى» (الحكم فى ظل القانون القديم) . أما مجرد اكتشاف وجود حق رهن على العين المبيعة ، دون حصول معارضة من صاحب الرهن للمشترى ، ومع احتمال حصول تلك المعارضة فى المستقبل ، فلا يبيح قانوناً للمشترى رفع دعوى الضمان ، لجواز عدم حصول التعرض فيما بعد من صاحب حق الرهن [2].

---

(١) انظر فى هذا Planiol-Ripert et Hamel : المرجع السابق بند ٩٨ ص ١٠٣ . Josserand: بند ١١١٠ ص ٥٨١. Baudry et Saignat : بند ٣٥١ .Laurent : بند ٢١٨. وانظر كذلك : البدراوى : المرجع السابق ص ٤٥٢ . اسماعيل غانم : ص ١٧٨. السنهورى: ص ٦٤١ بالهامش وكذلك ص ٦٥٢ بالهامش . وانظر مؤلفنا عقد البيع فى القانون اللبنانى ، المرجع السابق ص ٣٦١ – ٣٦٢ وهامش ١ ص ٣٦٢ .

(٢) نقض مدنى فى ١٩٣٢/٣/٣ طعن رقم ٤٣ س ١ ق مجموعة النقض فى ٢٥ سنة تحت بيع قاعدة ٧٢ . وانظر كذلك محكمة استئناف مصر فى ٣ ديسمبر ١٩٣٥ المحاماة س ١٦ رقم ٢١٩ ص ٥٠٢ .

١٥ — الاعباء او التكاليف والعيوب الخفية (١) : قد يكون من العسير فى بعض الأحيان وضع حد فاصل لمعرفة ما إذا كان الأمر يتعلق بعيب خفى أو بتكاليف يقع على المبيع ، خاصة وأن وجود عيب فى المبيع ينقص من قيمته ، وأن مثل هذا النقص يترتب كذلك فى حالة ظهور تكاليف أو أعباء ، إذ تعتبر هذه الأعباء بمثابة استحقاق جزئى (٢).

ولعل قيام هذا التشابه من حيث أثر كل من النظامين فى قيمة المبيع هو الذى يدعو إلى الخلط بينهما لدرجة أن القضاء يستند إلى النصوص الخاصة بكل منهما فى آن واحد ، دون أن يضع حداً فاصلا بين نطاق كل منهما (٣).

ومع ذلك فانه يجب أن يفرق بين كل من الحالتين (٤) : ذلك أنه فى حالة ظهور تكاليف أو أعباء على المبيع ، سواء كانت حقوق ارتفاق أم غيرها من الحقوق الأخرى ، عينية كانت أم شخصية (٥) ، يوجد حق

---

(١) أنظر مؤلفنا عقد البيع : الاسكندرية فى ١٩٦٩ – ١٩٧٠ بند ٢٢٦ ص ٤١٨.

(٢) أنظر مؤلفنا : عقد البيع فى القانون اللبنانى ، المرجع السالف الذكر بند ١٩٤ وما بعده . وانظر كذلك Baudry et Saignat : المرجع السابق بند ٣٩١ .

وفى القانون الفرنسى القديم كان وجود حق ارتفاق غير ظاهر على العقار معتبراً كالعيب الخفى ، ويخول دعوى ضمان العيوب الخفية . أنظر Pothier : فى عقد البيع بند رقم ٢٠١

(٣) أنظر فى ذلك حكما لمحكمة النقض الفرنسية ، حيث استندت المحكمة فى آن واحد إلى نص المادتين ١٦٢٦ و ١٦٣٨ بالنسبة للاعباء وحقوق الارتفاق ، ونص المادة ١٦٤١ (بالنسبة للعيب الخفى ، وهو صادر فى ٢١ ابريل ١٨٧٤ عرائض فى (D. 1875.1. 183) وفى (S. 1874.1. 243) وذلك على الرغم من أن الأمر كان يتعلق بعيب خفى إذ تبين وجود قنطره تقع فى أعلى مجرى الماء الذى يعتمد عليه فى ادارة الطاحونة ، وكانت القنطرة تقلل من قوة المياه التى يعتمد عليها المشترى فى ادارة هذه الطاحونة .

(٤) أنظر الأهمية العلمية للتفرقة بين التكاليف غير المصرح بها والعيوب الخفية : موسوعه دالوز تحت «بيع» رقم ١٣٣٨ .

(٥ وقد قضت محكمة التمييز اللبنانية (الغرفة الثالثة قرار ٧٦ لسنة ١٩٦٠ مجموعة باز جـ ٨ ص ١٨٠) بأن البائع يضمن ما يصيب المشترى من الأعباء التى يدعى بها المستأجرون على المبيع والتى لا يصرح بها عند البيع ، وان وجود مستأجر فى العقار المبيع رغم التصريح من قبل الباعة بتسليم المباع حراً من كل اجارة – لا يؤلف عيباً فى المباع بمعنى المادة ٤٦٣ موجبات .

للغير يثقل المبيع . فالمبيع سليم لا عيب فيه ، ولكنه يحمل بتكليف هو حق للغير . أما فى حالة العيب فان المبيع لا يوجد عليه حق للغير ، ولكنه يكون معيباً بعيب ينقص من قيمته ، أو من نفعه ، بحسب الغاية المقصودة(١) .

ولقد كان لهذا الخلاف بين النظامين أثره من حيث وضع قواعد خاصة تنظم وجود عيب خفى بالمبيع ، كما تنظم حالة وجود تكاليف أو أعباء على المبيع ، وقد أخضع المشرع تلك الحالة الأخيرة لأحكام الاستحقاق الجزئى وذلك بالنسبة لرجوع المشترى على البائع بالضمان ، فقررت المادة ١/٤٤٤ مدنى مصرى أنه : "إذا استحق بعض المبيع ، أو وجد مثقلا بتكاليف ، وكانت خسارة المشترى من ذلك قد بلغت قدراً لو علمه لما أتم العقد ، كان له أن يطالب البائع بالمبالغ المبينة فى المادة السابقة ، على أن يرد له المبيع وما أفاده منه» (٢) .

المبحث الثالث

حالة حقوق الارتفاق

١٦ — **تقسيم الموضوع** : قدمنا أنه لكى يستطيع المشترى الرجوع بالضمان على البائع ، عندما يوجد تكاليف على المبيع ، فانه يلزم أن يكون حسن النية ، لا يعلم عند العقد بوجود هذه التكاليف . ولا شك فى أن هذا الحكم يسرى على الحقوق التى يدعى بها الغير على المبيع ويكون من شأنها أن تنقص من قيمته ، ومن بينها حقوق الارتفاق ، باعتبار أنها تدخل ضمن التكاليف أو الاعباء التى تقع على المبيع . ومع ذلك فان لحقوق الارتفاق

---

(١) فظهور حق ارتفاق على المبيع بعدم البناء يعتبر تكليفاً ينقص من قيمته ، فى حين أن استحالة البناء على الأرض المشتراه بسبب عيب فى التربة يعتبر عيباً خفياً ، يجعل المبيع غير صالح للاستعمال فى الغرض الذى أعد له (أنظر : De Page ؛ المرجع السابق ج ٤ بند ١٢٦) .

(٢) أنظر كذلك : Baudry et Saignat : المرجع السابق بند ٣٩١. Planiol-Riport et Hamal المرجع السابق ص ١٠٣ وهامش ٢ . Limpens: البيع فى القانون البلجيكى ، المرجع السابق بند ٣٩٣ ص ١٧٢ . وانظر مؤلفنا . عقد البيع فى القانون اللبنانى ، المرجع السابق ص ٤٦٩ هامش ٢ . وانظر كذلك : السنهورى ص ٧٠٣ بالهامش .

وضعاً خاصاً . ولهذا نعرض لها استقلالا عن التكاليف بصفة عامة (١) فنتكلم عن حقوق الارتفاق التى تنشأ بفعل الانسان ، أى تلك التى تنشأ عن الافعال أو الأعمال القانونية ، وهى حقوق الارتفاق بالمعنى الصحيح . ثم نتكلم عن حقوق الارتفاق الطبيعية أو الارتفاقات القانونية ، وهى القيود القانونية التى ترد على الملكية .

١٧ — أولا : الارتفاقات الناشئة عن الافعال او الاعمال القانونية التى يحدثها الانسان : نصت المادة ٢/٤٤٥ مدنى مصرى على أنه : « ويفترض فى حق الارتفاق أن البائع قد اشترط عدم الضمان ، إذا كان هذا الحق ظاهراً ، أو كان البائع قد أبان عنه للمشترى » (٢) .

يتضح من هذا النص أن حقوق الارتفاق قد تكون ظاهرة ، أو قد تكون غير ظاهرة ولكن يكشف عنها البائع للمشترى . فى هاتين الحالتين يختلف الحكم عن الحالة التى يكون فيها حق الارتفاق غير ظاهر ، ولا يكشف البائع عنه للمشترى .

١٨ — حالة حقوق الارتفاق غير الظاهرة وغير المصرح بها من البائع : فاذا كان حق الارتفاق غير ظاهر ، ولم يكشف عنه البائع للمشترى ، فانه

---

(١) ويراعى أننا نتكلم فى هذا الصدد عن التكاليف التى تقع على المبيع ، ومن بينها حقوق الارتفاق. ولكن يثور الأمر بالنسبة لحقوق الا رتفاق التى تكون مقررة للمبيع على عقار الغير، أو حقوق الارتفاق الايجابية ، كما إذا اعتمد المشترى على أن للعقار حق ارتفاق على العقار المجاور ، بأن كان هذا الحق قد ذكر فى العقد ، أو كان ظاهراً بحيث يمكن القول انه اعتمد على وجوده ، ثم تبين أنه غير موجود ، أو أنه ليس الا عملا من أعمال التسامح من جانب الجار فى هذه الحالة يكون للمشترى أن يرجع على البائع بالضمان على أساس وجود استحقاق جزئى . أنظر Baudry et Saignat المرجع السابق بند ٣٨٦ و ٣٩٠. De Page : المرجع السابق حـ ٤ بند ١٤٠ . وفى هذه الحالة تنطبق القواعد التى تسرى فى حالة رجوع المشترى على البائع عند الاستحقاق الجزئى من حيث حسن أو سوء النية . أنظر كذلك : السنهورى : المرجع السابق ص ٧٠٤ بالهامش ١ .

(٢) ويلاحظ البعض من الفقهاء أن عبارة « عدم الضمان » الواردة فى هذا النص يراد بها انقاص الضمان لا اسقاطه (أنظر منصور : ص ١٤٨ هامش ١) . ومع ذلك فان تفسير هذه العبارة على ضوء النص يعنى أنها تنصرف إلى عدم ضمان حق الارتفاق . وهذا خلافاً للمادة ١/٤٤٦ حيث تنصرف عبارة « عدم الضمان » إلى اسقاط الضمان بصفة عامة .

يؤخذ من نص المادة ٤٤٥/ ٢ مدنى أنه يكون لهذا الأخير الالتجاء إلى إعمال أحكام الضمان التى بينها القانون . ومعنى ذلك أن رجوع المشترى بالضمان يتوقف على عدم علمه بحق الارتفاق ، أى على حسن نيته ، سواء كان عدم علمه بحق الارتفاق ، ناشئاً من كون هذا الحق غير ظاهر ، أم من عدم إبانة البائع عنه ، وبصرف النظر عن أهمية هذا الحق ، أو مداه ، خلافاً لما نص عليه فى المادة ٤٤٤/ ١ مدنى بالنسبة للتكاليف الأخرى، حيث يستلزم المشرع أن تكون «خسارة المشترى من ذلك قد بلغت قدراً لو علمه لما أتم العقد ...» ، فلم يضع المشرع بالنسبة لحقوق الارتفاق نفس الحكم الذى وضعه بالنسبة للتكاليف التى يتحمل بها المبيع ، مع أنه ينبغى أن يكون الحكم واحداً فى الحالتين ، إذ لا تختلف حقوق الارتفاق عن التكاليف الا من ناحية ظهورها أو عدم ظهورها ، وهذا هو ما يبرر وجود نص خاص بها (١) . أما فيما عدا ذلك ، فان من المسلم به أن حقوق الارتفاق ما هى الا تكاليف تقع على العين . ولهذا نرى إعمال حكم المادة ٤٤٤ التى تفرق بين ما إذا كان الحق الذى يثقل المبيع جسيما أم لم يكن كذلك .

وإذا ما استلزم للرجوع بالضمان ، فى حالة ظهور ارتفاق على المبيع ، أن يكون المشترى حسن النية ، وأن يكون الأمر من الجسامة إلى حد يمكن معه التقدير أن المشترى ما كان يقدم على الشراء لو علم حقيقة الأمر ، فان تقدير جسامة تلك الحقوق من المسائل الواقعية التى تترك لتقدير القضاء .

هذا إذا كان حق الارتفاق غير ظاهر وغير مصرح به من البائع طبقاً لما يستلزمه القانون .

---

(١) ويستلزم القانون المقارن أن تكون حقوق الارتفاق ، التى يرجع بالضمان من أجلها كبيرة الشأن بحيث يلحق وجودها ضرر جسيما بالمشترى ، وبحيث أنه ما كان يقدم على الشراء لو علم حقيقة الأمر . من ذلك ما نصت عليه المادة ٤٣٩ من قانون الموجبات اللبنانى حيث تستلزم أن تكون الحقوق (المقصود حقوق الارتفاق طبقاً لما ورد فى النص الفرنسى للمادة) «كبيرة الشأن إلى حد يمكن معه التقدير أن المشترى لو علم بها لما اشترى.. »

وانظر كذلك المادة ١٦٣٨ مدنى فرنسى .

١٩ - حالة حقوق الارتفاق الظاهرة أو التي يكشف عنها البائع : أما إذا كان حق الارتفاق ظاهراً ، أو كان غير ظاهر لكن أبان البائع عنه للمشترى ، لا يكون لهذا الأخير الرجوع بالضمان . إذ يفترض المشرع فى هذه الحالة أن البائع قد اشترط عدم الضمان .

والواقع أنه إذا كان الارتفاق ظاهراً، فان المشرع يفترض أنه يكون على المشترى أن يعلم بما يثقل المبيع من حقوق ارتفاق ، حتى لو لم يذكر شيء فى العقد يتعلق بها [1] . فمجرد ظهور حق الارتفاق يكفى لاسقاط الضمان ، سواء علم به المشترى فعلا ، أم لم يعلم ، طالما كان فى استطاعته ذلك . فاذا كان الارتفاق غير ظاهر ، لا يخلو الأمر من أحد أمرين ، إما أن يجهله المشترى ، وإما أن يعلم به .

وفى الحالة الأولى يكون حسن النية فيرجع بالضمان ، على ما قدمنا . أما فى الحالة الثانية ، أى حالة العلم بحق الارتفاق ، فان هذا العلم قد يكون عن طريق البائع ، وقد يكون من أى سبيل آخر .

---

(١) Baudry et Saignar : المرجع السابق بند ٣٨٦. إذ على المشترى أن يعلم بحقوق الارتفاق الظاهرة ولا يستطيع التمسك بالجهل بها . أنظر فى القضاء الفرنسى : محكمة Limoges فى ١١ نوفبر ١٨٩١ (D.P.1893.2.537) . وانظر كذلك: Aubry et Rau : جـ ٥ بند ٣٥٥ هامش ٥٦ والمراجع الواردة فيه .Beudant : حـ ١١ بند ١٩٧. Ploniol-Ripert et Hamel جـ ١٠ بند ١٠٢ .

فاذا كان حق الارتفاق ظاهراً ، ومع ذلك أكد البائع أنه غير موجود ، وأن المبيع خال من الارتفاق ، كان للمشترى أن يلجأ إلى إعمال الجزاء الذى نص عليه القانون فى هذا الصدد . إذ أنه يعتمد على تأكيدات البائع ، ولا ينظر إلى ما يبدو أنه حق ارتفاق إلا على أنه مجرد عمل من أعمال التسامح . ويقرر الفقه فى هذا الصدد أنه لا يلزم أن يؤكد البائع خلو المبيع من حقوق الارتفاق ، وانما يكفى أن يعلن بصفة عامة أنه خال من أى ارتفاق . أنظر فى هذا : Baudry et Saignat : المرجع السابق بند ٣٨٩ والمثل الذى ضربه فى هذا الصدد بالنسبة لحالة بيع عقار مع وجود منزل مجاور له مطل مباشر ليس على المسافة القانونية . ولكن البائع يعلن أن مالك المنزل المجاور ليس له أى سند ، وان للمشترى أن يجبره على سد النوافذ . فاذا كانت النوافذ قائمة أكثر من ٣٠ سنة (مدة التقادم الطويل فى القانون الفرنسى) ، وتم اكتساب حق المطل بالتقادم ، فان البائع لا شك يكون هنا ضامناً للمشترى .

فاذا كان العلم عن طريق البائع نفسه ، فان القانون المصرى يفترض أن هذا البائع قد اشترط عدم الضمان . وهذا ما يصرح به نص المادة ٤٤٥/٢ مدنى ، كما قدمنا .

أما إذا كان المشترى قد علم بحق الارتفاق من أى سبيل آخر ، فماذا يكون الحكم ؟ هذا ما يجعلنا نعرض لمصدر علم المشترى بوجود الحق ، وكذلك للعلم المستمد من التسجيل .

٢٠ — هل يلزم أن يعلم المشترى بوجود الارتفاق عن طريق البائع نفسه ؟ قدمنا أن المشرع المصرى يستلزم أن يكون اعلام المشترى بوجود حق الارتفاق عن طريق البائع نفسه . إذ يجب أن يعلمه بوجود حق ارتفاق معين على المبيع . وهذا الاعلام يتم فى أية صورة من الصور ، كتابة أم شفهياً ، بحيث يكون على البائع اثبات ذلك عند النزاع حول هذا الأمر (١).

فاستلزام أن يكون اعلام المشترى بالحق عن هذا الطريق الذى رسمه القانون ، يعنى كما يقول النص أنه «يفترض فى حق الارتفاق أن البائع قد اشترط عدم الضمان» . وإنما يلزم لكى يفترض ذلك فى المشترى ، أن يتم الاعلام من البائع نفسه . وتقول المذكرة الايضاحية فى هذا الصدد : «وإعلام البائع للمشترى بوجود حق ارتفاق على المبيع يعتبر شرطاً من البائع بعدم ضمانه لهذا الحق مقترناً بعلم المشترى بسبب الاستحقاق ، فلا يرجع المشترى بشىء على البائع . ويقوم مقام اعلام البائع للمشترى بحق الارتفاق أن يكون هذا الحق ظاهراً للمشترى» (٢) .

فالاعلام من البائع يفترض معه أنه قد اشترط عدم الضمان . وهذا ما دعا إلى القول بأن علم المشترى يجب أن يحصل من أحد طريقين : أما من كون الحق ظاهراً ، وإما من إعلام البائع له . فلا يكفى إذن لاسقاط الضمان —

(١) أنظر فى هذا : السنهورى : المرجع السابق ص ٧٠٤ وهامش ٢ . وكذلك Planiol-Ripert et Hamel : جـ ١٠ المرجع السابق بند ١٠٢ ص ١٠٩ هامش ١ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جزء ٤ ص ١٠٦ .

كما قيل — أن يكون المشترى عالماً بحق الارتفاق من طريق آخر غير هذين، كأن يعلمه شخص آخر أو نائبه ، أو يعلم به من تلقاء نفسه . ذلك أن علم المشترى بحق الارتفاق والذى يترتب عليه اسقاط ضمان البائع ، يجب أن يكون علماً ينطوى فيه معنى اسقاط الضمان . وهذا متحقق فى حالة ما إذا كان حق الارتفاق ظاهراً ، حيث يكفى ذلك لجعل البائع يعتقد أن المشترى يعلم بوجود حق الارتفاق ، ويرضى فيه باسقاط الضمان . ومن ناحية أخرى ، فان قيام البائع نفسه باعلام المشترى به ، كاف هو أيضاً فى افتراض أن هذا الاعلام بمثابة اتفاق ضمنى على عدم الضمان . وعلى خلاف ذلك حالة علم المشترى بحق الارتفاق من طريق آخر ، حيث لا يتوافر فيه هذا المعنى . هذا ما اتجه اليه فريق من الفقهاء (١) .

ومع ذلك فانه ينبغى أن ينظر عند الاعفاء من الضمان ، إلى جانب المشترى ، والوقوف على ما إذا كان يعلم أو لا يعلم بوجود حق ارتفاق ، أو بصفة عامة بوجود أى تكليف على المبيع . هذا العلم هو الذى ينبغى أن يدخل فى الاعتبار . إذ يكفى أن يكون المشترى سىء النية ، حتى يحرم من الرجوع بالضمان . أى يكفى أن يعلم عند البيع بوجود الارتفاق أو التكاليف حتى يعد أنه قد تنازل عن الرجوع على البائع ، بصرف النظر عن مصدر هذا العلم ، حتى ولو كان عن غير طريق البائع نفسه . إذ يستوى فى هذا الصدد علم المشترى بالارتفاق لأنه ظاهر ، أو لأن البائع قد أعلمه به ، أو لأنه قد علم به من أى سبيل آخر . فى جميع تلك الحالات يحمل أقدام المشترى على الشراء على أنه قد قبل التحمل بحق الارتفاق ، دون أن يكون له

---

(١) أنظر : السنهورى : المرجع السابق : بند ٣٥٨ ص ٧٠٥ . منصور : المرجع السابق بند ٨٧ ص ١٨٧ . عبد المنعم البدراوى : المرجع السابق بند ٣٠٤ ص ٣٦٢ وما بعدها . اسماعيل غانم : المرجع السابق ص ١٧٨ . ومع ذلك فانه إذا كان يرى أن مجرد علم المشترى فعلا بوجود الارتفاق أو التكليف لايكفى لقيام القرينة القانونية على الاتفاق على الاعفاء من الضمان، إذ أن شرطها أن يكون العلم بالارتفاق راجعاً إلى اعلام البائع للمشترى ، الا أنه يضيف إلى ذلك أن العلم المجرد قد يصلح أساساً تستخلص منه المحكمة قرينة قضائية على وجود شرط بعدم الضمان .

الرجوع بالضمان ، وذلك لانتفاء حسن النية الذى يجب أن يحميه القانون فى هذا المجال .

ومما يؤيد هذا أن المشرع نفسه بالنسبة لحق الارتفاق الظاهر لم يلتزم أن يكون العلم به عن طريق البائع حتى يفترض عدم الضمان . ولكنه اكتفى بعلم المشترى من مجرد ظهور الحق . فالعلم المستمد من مجرد ظهور الحق ينزل منزلة اعلام البائع للمشترى به فى حالة خفائه ، باعتبار أن المشترى قد عاين المبيع ورأى حق الارتفاق ، أو أنه كان فى استطاعته رؤيته ، فاذا سكت اعتبر أنه رضى بعدم الضمان . وإذا كان العلم من مجرد ظهور الحق ينزل منزلة العلم عن طريق البائع من حيث الحكم ، فان العلم الفعلى بحق الارتفاق غير الظاهر (أو بالتكاليف بصفة عامة(من أى سبيل آخر ، ينبغى أن يأخذ نفس الحكم من حيث اسقاط الضمان من البائع (١) .

وعلى ذلك إذا كان ينبغى أن يعلن البائع عن حق الارتفاق للمشترى حتى يتخلص من الضمان ، فانه يعفى كذلك إذا كان حق الارتفاق ظاهراً ، بحيث يعلم به المشترى أو يكون فى إمكانه أن يعلم به بسبب هذا الظهور . كما يعفى أيضاً إذا كان المشترى قد علم من أى سبيل آخر . ولكن يلزم فى هذه الحالة الأخيرة أن يكون قد علم فعلا بوجود الحق ، ولا يكفى أن يكون فى إمكانه العلم به لو أنه اتخذ قدراً من الحيطة والتبصر . ويقع على البائع ، عند النزاع ، إثبات أن المشترى كان يعلم به فعلا(٢) . ويكون هذا الاثبات بكافة الطرق ، بما فيها البينة والقرائن (٣) . فالعبرة اذن بالعلم

---

(١) فاذا كان البائع يعلم ان المشترى على بينة من حق الإرتفاق ، فان هذا أيضاً كاف لجعله يعتقد أن هذا المشترى يرضى باسقاط الضمان ، لأنه اشترى وكان على بينة من أمره وقت البيع .

(٢) Baudry et Saignat المرجع السابق بند ٣٨٦ . موسوعة دالوز جـ ٥ تحت "بيع" رقم ١٣٦٠ .

(٣) Planiol-Ripert et Hamel : المرجع السابق ص ١٠٩ وهامش ٥ . وقد يستنتج من عقد البيع ذاته ، وقد يؤخذ من أوراق أو وثائق أخرى غير العقد . أنظر نقض مدنى فرنسى فى ١١ يونيو ١٩٥٤ (J.C.p. 1954. 11. 8288) وتعليق Bécqué . وانظر كذلك موسوعة دالوز تحت «بيع» رقم ١٣٥٨–١٣٥٩ ، وانظر حكم محكة النقض المصرية =

الحقيقى للمشترى فى هذه الحالة الأخيرة ، حتى لا يكون له الرجوع على البائع بالضمان ، مع مراعاة ما سنذكره فيما بعد عن العلم المستمد من التسجيل.

ويسلم الفقه والقضاء فى فرنسا بهذا الحل . فاذا كان حق الارتفاق غير ظاهر ، ومع ذلك علم به المشترى ، وقت البيع ، من حيث الواقع ، عن غير طريق البائع ، فان هذا الأخير لا يكون ملزماً بالضمان(١) . فمن العبث اعلام من كان يعلم من قبل . وليس للمشترى أن يشكو بعد ذلك من أمر كان على بينة منه ، خاصة وأنه قد أقدم فعلا على الشراء ، وكانت لديه الفرصة لادخال ذلك فى الاعتبار عند تقدير الثمن ، فاذا لم يكن قد أدخل ذلك فى اعتباره عند تقديره الثمن ، فلا يلومن الا نفسه . وإذا كان هذا المذهب هو ما أخذ به القانون الرومانى ، فان القانون المدنى الفرنسى قد سار على نهجه ، حيث

=فى ٢/٤/١٩٣٦ مجموعة ٢٥ سنة تحت بيع بند ٩٤ وقد جاء فى هذا الحكم : ان كل ماتستخلصه محكمة الموضوع استخلاصا معقولا من قرائن واقعية ، فلا تعقيب عليه لمحكمة النقض . فاذا قرر الحكم المطعون فيه أن علم المشترى بوجود حق ارتفاق على العين المبيعة قبل التعاقد يمنعه من طلب الفسخ ، ثم أثبت حصول هذا العلم استخلاصاً من قرائن واقعية تسمح به ، وبناء على ذلك رفض طلب الفسخ ، فلا تدخل لمحكمة النقض» . وانظر استئناف مختلط فى ٦ ديسمبر ١٩٣٢ ورد فى المحاماه س ١٤ رقم ٢٠٤ قسم ٢ ص ٣٩٧ ، حيث ورد أنه لا يحق للبائع أن يدعى علم المشترى بحق حكر على المبيع لمجرد أن هذا الحق قد ذكر فى العقود السابقة ، وكان الطرفان قد اشارا اليه عند بحث أصل الملكيه .

(١) أنظر : Aubry et Rau : المرجع السابق حـ ٥ بند ٣٥٥ هامش ٥٤ . Laurent : المرجع السابق حـ ٢٤ بند ٢٦٨ ص ٢٦٥ . ويقول هذا الفقيه إن من المبادىء المسلم بها أن علم المشترى علماً تاماً عند البيع بالتكليف المدعى به على المبيع لا يجعل له الحق فى الضمان ، حتى ولو دون أى تصريح من البائع . Baudry et Saignat المرجع السابق بند ٣٨٦ . Beudant المرجع السابق ج ١١ بند ١٩٧ . Planiol Ripert et Hamel المرجع السابق بند ١٠٢ ص ١٠٩ . Josserand السابق ج ٢ بند ١١٠٩ ص ٥٨٠ . Ripert et Boulanger (١٩٥٩) بند ١٤٩٧ ص ٤٩٩ Colin et Capitan بالاشتراك مع دولامور اندیار ط ١٠ (١٩٥٣) ج٢ بند ٩٠١ ص ٦٠٤ .

وانظر فى القضاء الفرنسى : نقض مدنى ٢١ ابريل ١٨٧٤ (S.74 .1,243) ليون فى ٢٤ يونيو ١٩٢٦ (D. H. 1926. 491) .

لم تصرح المادة ١٦٣٨ منه باستلزام أن يقوم البائع باعلام المشترى بما يثقل المبيع من حقوق ارتفاق (١) .

نخلص مما سبق إلى أنه إذا كان نص القانون المدنى المصرى يستلزم أن يتم اعلام البائع للمشترى بحق الارتفاق حتى يفترض أنه قد اشترط عدم الضمان ، فانه يبدو لكى يتحقق عدم الضمان فى ظل القانون الفرنسى والشريعة الرومانية أنه لا يلزم أن يعلم المشترى عن طريق البائع نفسه ، فاذا علم المشترى بوجود حق ارتفاق من أى سبيل آخر ، فقد حقه فى الرجوع على البائع . وهذا الحل أقرب إلى المنطق . ذلك أنه إذا تيقن البائع من أن المشترى قد أقدم على الشراء عالماً بوجود الارتفاق ، كان له أن يعتقد أن المشترى قد نزل عن الضمان . ولا يصح أن نعود بعد ذلك فنلزمه بالضمان ، أو نستلزم منه إخطار المشترى بوجود الارتفاق ، حتى يعفى من الضمان . ولا مجال لحماية المشترى بعد ذلك ، إذا لم يكن حسن النية عند التعاقد ، أى لم يكن يجهل ما على المبيع من حقوق .

فالعلم الذى يسقط حق المشترى فى الضمان ، كما يكون بسبب ظهور حق الارتفاق ، أو بسبب إعلانه من البائع للمشترى ، يكون كذلك بسبب علم هذا الأخير علماً حقيقياً بوجود هذا الحق (٢) .

ولهذا نرى أنه يحسن أن تعاد صياغة المادة ٢/٤٤٥ فينص على أنه

---

(١) وهذا هو مذهب قانون الموجبات والعقود اللبنانى فى المادة ٤٣٩ منه حيث تنص على أنه «إذا كان على المبيع حقوق عينية (المقصود حقوق ارتفاق طبقاً للنص الفرنسى للمادة) غير ظاهرة ، لم يصرح بها ...Sans qu'il en ait été fait de déclaration...) وهذه العبارة الأخيرة هى عبارة المادة ١٦٣٨ مدنى فرنسى نفسها .

أنظر كذلك : Laurent: المرجع السابق بند ٢٦٨ ص ٢٦٥ — ٢٦٦ .

(٢) وقد طبق القضاء فى مصر هذا الحكم . انظر استئناف مختلط فى ١١ فبراير ١٩٠٩ المجموعة ٢١ ص ٣٢٧ وقد جاء فيه «ليس للمشترى أى رجوع بالضمان على البائع ، استناداً إلى أية تكاليف كان قد علم بها شخصياً عند البيع» .

"L'acheteur n'a aucun recours en garantie contre le vendeur du chef des charges quelconques dont il aurait eu personnellement connaissance lors du contrat".

لا يكون للمشترى الرجوع بالضمان على البائع إذا كان حق الارتفاق ظاهراً أو كان المشترى عالماً به . وبذلك ينقطع الجدل حول هذا الموضوع (١) .

٢١ ـ العلم المستمد من التسجيل: ويثور التساؤل فى هذا الصدد حول معرفة ما إذا كان تسجيل حق الارتفاق ، أو بصفة عامة أى تكليف آخر يقع على المبيع ، يقوم مقام اعلام البائع للمشترى بهذا التكليف أو الحق ؟ ويثور هذا الأمر بصفة خاصة بالنسبة للحقوق التى تخضع لنظام الشهر (٢) . فهل يعنى اشهارها على النحو الذى يستلزمه القانون علم المشترى بها ، وتبعاً لذلك لا يكون له الرجوع على البائع بالضمان ؟

انقسم الفقه الفرنسى حول هذا الموضوع .. فذهب فريق من الفقهاء إلى أن الارتفاق المسجل كالارتفاق الظاهر أو الارتفاق الذى كشف عنه البائع للمشترى وقت العقد ، وتبعاً لذلك لا يكون للمشترى الرجوع بالضمان . ذلك أن شهر حق الارتفاق يعنى افتراض العلم به ، حتى ولو لم يعلم به المشترى حقيقة (٣) .

---

(١) هذا وتنص المادة ١/٥٥٥ من القانون المدنى العراقى ، على أنه « إذا استحق بعض المبيع أو كان مثقلا بتكليف لا علم للمشترى به وقت العقد ، كان للمشترى أن يفسخ العقد » . ومنه يتضح أن المشرع يتكلم بصفة عامة عن التكليف ، وعن عدم العلم به . ولم يستلزم أن يكون العلم من طريق معين ، مما يدعو إلى القول بأنه يصح العلم بالتكليف الواقع على البيع من البائع نفسه أو من أى سبيل آخر . ومع ذلك فانه إذا كان القانون العراقى قد عمم الحكم فى هذا النص بالنسبة لسائر التكاليف ، ولا شك أن حقوق الارتفاق تدخل فيها ، الا أنه عاد فى المادة ١/٥٥٦) وقرر نفس الحكم الذى أورده المشرع فى المادة ٢/٤٤٥ واستلزم أن يقوم البائع بالابانة عن الحق للمشترى .

(٢) أنظر المادة ٩ وما بعدها من قانون تنظيم الشهر العقارى (رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦) . وكذلك المادة ٢٦ وما بعدها من القانون الخاص بنظام السجل العينى فى مصر (رقم ١٤٢ لسنة ١٩٦٤

(٣) Planiol-Ripert et Hamel المرجع السابق جـ ١٠ بند ١٠٢ ص ١١٠ Colin et Capitant مع دولامورانديار ، ط١٠ (١٩٥٣) بند ٩٠١ ص ٦٠٤ . وانظر كذلك المراجع التى أشار اليها أوبرى ورو فى بند ٣٥٥ هامش ٥٥ (جـ ٥) . وقد بين الفقهاء المشار اليهم أن تسجيل التصرف المنشىء للارتفاق من شأنه أن ينشىء قرينة بمقتضاها ينبغى أن يفترض فى المشترى العلم بوجود حق الارتفاق .

وأنظر كذلك حكم محكمة باريس فى ١٩٢٩/١/٢١ Gaz. Pal. 1930.1.154.

وذهب فريق آخر إلى أن التسجيل لا يقوم مقام اعلان البائع للمشترى بوجود حق ارتفاق . ذلك أن القانون إذا كان يستلزم اعلام البائع للمشترى بوجود حق ارتفاق ، فانه يقصد من وراء ذلك أن يعلم المشترى علماً حقيقياً عما يثقل المبيع من حقوق . ولهذا لايكفى أن يقال إن المشترى يمكنه أن يعلم بحق الارتفاق ، لأنه مشهر ، إذ من المحتمل ألا يعرف بوجود حق الارتفاق ، خاصة أنه قد لا يطلع على دفتر التسجيلات ، وهو بذلك لا يعتبر مقصراً ، حيث أن القانون لا يلزمه بالتحرى عن الاعباء التى تثقل المبيع ، وانما يتعين على البائع نفسه أن يعلنها له . ولهذا لا يكفى مجرد التسجيل ، حتى يمتنع على المشترى الرجوع بالضمان . فمجرد ذكر حق الارتفاق فى دفتر التسجيل ، لا يكفى لاعتباره ظاهراً . ويؤيد ذلك — كما يرى بعض أنصار هذا الرأى — أن البائع يضمن دائماً التكاليف الواقعة على العقار بسبب وجود رهن ، على الرغم من شهر حق الرهن ، ومن أنه يسهل على المشترى العلم به (١) .

وهذا الاتجاه الثانى هو الاتجاه السائد فى ظل القانون المصرى . فلا يؤخذ علم المشترى بحق الارتفاق من مجرد التسجيل ، وتبعاً لذلك يظل التزام البائع بضمان حق الارتفاق قائماً ، حتى ولو كان هذا الحق مسجلا وقت

---

(١) أنظر فى هذا بصفة خاصة : Laurent : جـ ٢٤ بند ٢٦٩ ص ٢٦٦ . وانظر كذلك Aubry et Rau : حـ ٥ بند ٢٥٥ هامش ٥٥ Baudry et Saignat : المرجع السابق بند ٣٨٦ . Josserand المرجع السابق حـ ٢ بند ١١٠٩ وكذلك ١١١٠ (حيث يقرر أن مجرد الرهن لايكفى لافتراض علم المشترى) . Mazeaud : المرجع السابق حـ ٣ بند ٩٦٢ ص ٨١٩ . De Page : المرجع السابق حـ ٤ بند ١٤١ .Ripert et Bou!anger (B) المرجع السابق ١٤٩٨ ص ٤٩٩ .

وتقرر محكمة النقض الفرنسية فى هذا الصدد أنه يتعين على البائع أن يخطر المشترى بوجود حقوق الارتفاق غير الظاهرة ، وليس على المشترى أن يستعلم من تلقاء نفسه ، وأنه لا يهم ما إذا كان الارتفاق غير الظاهر قد سجل قبل البيع . إذ لا يعفى تسجيل الارتفاق من التزام البائع باخطار المشترى . ولا يحمى هذا التسجيل البائع من دعوى الضمان التى يرفعها المشترى (نقض فرنسى عرائض فى ١٩٤٠/١٢/٣٠ (D.C. 1941 .J.107) مع تعليق Carbonnier وأنظر Lalou (D.1945. 297) وكذلك محكمة Versailles فى ١٩٦١/١١/١٤ (D. 1962.Somm.66)

البيع . هذا هو ما يتفق مع نص القانون فى المادة ٤٤٥ مدنى التى تستلزم لعلم المشترى بحق الارتفاق أن يكون ظاهراً ، أو أن يتم اعلانه من البائع إلى المشترى . وإذا كان القانون يستلزم أن يتم الاعلام من البائع نفسه ، فلا يقاس علية العلم المستمد من التسجيل (١) .

ويذهب فريق آخر من الفقهاء فى مصر إلى أن علم المشترى بحق الارتفاق مسألة واقعية ، تتوقف على ظروف كل دعوى على حده . وأن التسجيل وان كان وحده لا يكفى بمفرده للدلالة على هذا العلم ، الا أنه يعتبر قرينة ، يمكن للقاضى الاستناد اليها بالاضافة إلى قرائن أخرى ، لكى يستخلص علم المشترى بهذا الحق (٢) .

– على أنه إذا كان الاتجاه الثانى السابق بيانه ، هو الاتجاه الذى ساد فى كل من فرنسا ومصر ، فانه هو السائد كذلك فى ظل القانون اللبنانى ، رغم اختلاف نظام التسجيل ، حيث لازال النظام الشخصى معمولا به فى كل من فرنسا ومصر ، وحيث يطبق نظام السجل العينى فى لبنان . وقد أخذت محكمة التمييز اللبنانية فى حكم حديث لها بهذا الاتجاه الثانى ، ولم تعتد بالعلم القانونى الذى يبنى على القيد فى السجل العقارى ، واعتبرت أن قيد

---

(٢) أنظر «أحمد نجيب الهلالى وحامد زكى : شرح القانون المدنى فى عقود البيع والحوالة والمقايضة ، ط ٣ (١٩٥٤) بند ٣٥٩ ص ٣٥٩ . سليمان مرقس ، ومحمد على امام : المرجع السابق بند ٢٠١ ص ٣٤٥ . عبد المنعم البدراوى : بند ٣٠٣ خاصة ص ٤٦١ – ٤٦٢ . منصور : بند ٨٧ ص ١٨٥ – ١٨٦ . اسماعيل غانم ص ١٧٨ . عبد الفتاح عبد الباقى : محاضرات فى العقود جـ ٢ عقد البيع ، ص ٢٥٤ – ٢٥٥ . السنهورى : بند ٣٩٤ ص ٧٠٦ وهامش ١ .

(٢) أنور سلطان : شرح العقود المسماة فى البيع والمقايضة ط ٢ (١٩٥٢) بند ٢٤١ ص ٢٠٤ .

أنور سلطان وجلال العدوى ، (ط ١٩٦٦) بند ٤٢١ ص ٣٣٣ . وانظر كذلك : مرقس وامام : بالموضع المشار اليه بالهامش السابق ، اسماعيل غانم ص ١٧٨ .

وهذا ما قال به الفقيه «جوسران» (المرجع السابق جـ ٢ بند ١١٠٩ ص ٥٨١) حيث أورد أنه ليس من المحتم أن يعتبر المشترى سىء النية بسبب تسجيل حق الإرتفاق ، فهذا التسجيل لا يمحو حتما جهل المشترى به ، وانه ليس الا عنصراً من العناصر التى يدخلها القاضى فى اعتباره عند بحث ما إذا كان المشترى يعلم بوجود التكليف أو يجهله ، فهذه من مسائل الواقع .

اشارة التخطيط فى السجل العقارى لا يعفى البائع من التصريح به للمشترى عند العقد ، وأنه ليس للبائع أن يدلى أنه كان بامكان المشترى أن يستعلم عن الاعباء العالقة بالمبيع (١) .

ـ ولا شك فى امكان تبرير الاتجاه الثانى استناداً إلى النصوص القائمة ، الواردة فى هذا الشأن . ذلك أن البائع يلتزم بالضمان إذا وجد المبيع «مثقلا بتكليف» (م ١/٤٤٤ مدنى) . وهذه العبارة توحى بأن التكليف لم يكن ظاهراً ، أو بصفة عامة لم يكن معلوماً للمشترى عند البيع . وطالما كان الأمر كذلك ، استطاع المشترى أن يرجع بالضمان لأنه كان حسن النية لا يعلم بالتكليف القائم على المبيع . وبالنسبة لحق الارتفاق بصفة خاصة استلزمت المادة ٢/٤٤٥ لافتراض اشتراط عدم الضمان أن يكون هذا الحق ظاهراً ، أو يكون البائع قد أبان عنه للمشترى . ومعنى ذلك أنه إذا كان حق الارتفاق غير ظاهر ، ولم يكشف عنه البائع للمشترى ، ظل الالتزام بالضمان قائماً ، حتى ولو كان الحق مسجلا ، طالما أنه غير معلوم للمشترى على ما قدمنا .

فلابد اذن لاعفاء البائع من الضمان ، عندما توجد حقوق على المبيع ، أن تكون تلك الحقوق ظاهرة أو مصرحاً بها . أى أنه ينبغى أن يكون المشترى عالماً بوجودها ، سواء بسبب ظهورها أم بسبب التصريح بها عند البيع . وهذا يعنى أنه يلزم أن يتوافر العلم الحقيقى للمشترى . وقد رأينا أنه لا يلزم أن يكون هذا العلم عن طريق البائع وحده ، وانما يصح علمه من أى سبيل آخر ، متى كان علماً حقيقياً لا مفترضاً ، بشرط أن يقوم البائع باثبات ذلك .

---

(٢) وقد قررت المحكمة أنه إذا باع شخص محله التجارى وهو مصاب بالتخطيط ، فانه يكون ملزماً بضمان عبء التخطيط الذى لم يصرح به عند البيع ، ولو كان مسجلا فى السجل العقارى (أنظر قرار محكمة التمييز المدنية الأولى رقم ١٠٢ فى ١٠ تشرين الثانى ١٩٦٤ بالنشرة القضائية اللبنانية س ٢١ (١٩٦٤) ص ٧٨ وفى المحامى س ٣٠ (١٩٦٦) عدد ١ - ٣ ص ٥ . وانظر مؤلفنا : عقد البيع فى القانون اللبنانى بند ١٧١ ص ٣٥٨ - ٣٥٩ .

ولا شك أن استلزام علم المشترى بوجود حقوق ارتفاق ، أو تكاليف بصفة عامة ، على المبيع ، سواء بسبب ظهورها أم إعلانها من البائع أم العلم الفعلى بها ، من شأنه أن يكمل نظام الشهر الناقص ، وهو النظام الشخصى الذى يتبعه القانون الفرنسى ، والقانون المصرى إلى حين تنفيذ قانون السجل العينى الصادر سنة ١٩٦٤ . ولهذا كان من المنطقى أن يستلزم علم المشترى بوجود حقوق الارتفاق أو التكاليف الأخرى ، علماً حقيقياً ، سواء كان هذا العلم بسبب ظهور الارتفاق أم بسبب اعلان البائع عنه ، أم بأى سبب آخر .

وإذا كان للتسجيل أثره من حيث أنه ييسر على المشترى معرفة الحقوق العينية المقررة على المبيع ، والتى تنفذ فى حقه ، فإنه ليس من المقطوع به ، وخاصة فى ظل النظام الشخصى ، أن يتم العلم الحقيقى بالحقوق القائمة على المبيع ، عن هذا الطريق . ومع ذلك فلا ينبغى أن يجرد هذا التسجيل من كل قيمة ، إذ يقصد من ورائه العلانية . وإذا كانت هذه العلانية ليست كاملة ، فانه يستفاد به فى اعتباره قرينة تكملها قرائن أخرى للاستدلال على علم المشترى ، وقت البيع ، بوجود الحق ، وهذا ما يقول به بعض الفقهاء ، كما قدمنا (١) .

ويبدو أن محكمة النقض تدخل التسجيل فى الاعتبار عند النظر إلى ما إذا كان المشترى يعلم أو يجهل حقوق الارتفاق التى رتبها سلفه على المبيع ، حيث اعتبرت أن ادعاء المشترى بحسن نيته وعدم علمه بوجود الارتفاق غير منتج ، خاصة وأن سلفه قد رتب على العقار المبيع حق ارتفاق لمصلحة عقار آخر ، وقد حافظ صاحب العقار المخدوم على هذا الحق بالتسجيل ليكون حجة على الكافة ، هذا فضلا عن أن قائمة شروط البيع قد تضمنت النص على التزام الراسى عليه المزاد احترام حقوق الارتفاق الظاهرة والخفية . وبهذا لم تجد المحكمة محلا لتحدى المشترى بحسن نيته ، أو ادعائه عدم علمه

---

(١) أنظر ما سبق الهامش قبل السابق .

بوجود هذا الارتفاق ازاء ما هو ثابت بالأوراق من التزامه باحترام حقوق الارتفاق الظاهرة والخفية حسبما تضمنته قائمة شروط البيع التى تدخل المشترى فى البيع على مقتضاها ، ولأنه بالشراء يتعين احترام الارتفاقات التى رتبها البائع وحافظ عليها صاحب العقار المخدوم بالتسجيل لتكون حجة على الكافة (١).

— وأيا كان الأمر ، فانه إذا كانت هناك بعض صعوبات تقوم فى سبيل علم المشترى بما يثقل المبيع من حقوق ، فى ظل النظام الشخصى للتسجيل ، فان هذا لا ينبغى أن يكون فى ظل النظام العينى ، حيث تتم معرفة حالة العقار على وجه الدقة عند البيع . وهو أمر ميسور فى ظل هذا النظام الذى يعطى صورة كاملة عن العقار وما يثقله من تكاليف أو أعباء واجبة الشهر ، بحيث يتيسر علم المشترى بها علماً حقيقياً . إذ للسجل العينى وظيفة أوسع نطاقاً وأبعد مدى من وظيفة الشهر الشخصى للحقوق ، وهو يقر مبـــدأ العلنية المطلقة لقيوده ، ويعتبرها موجودة تجاه الغـــير ابتداء من تاريخ القيد فيه . . . .

ولهذا نرى أنه فى ظل نظام السجل العينى ينبغى أن يعترف لقيود هذا السجل بقوتها قبل الكافة ، وخاصة من حيث الاعتداد بالعلم الذى يبنى على تلك القيود ، وتبعاً لذلك يمكن القول بأنه لا مجال للابقاء على التزام البائع بضمان حقوق الارتفاق المقيدة فى السجل حيث تتسنى معرفة وضع العقار وحالته معرفة تامة . وحيث ينبغى أن يعتبر المشترى ، الذى لا يعلم عند البيع بتلك الحقوق المقيدة ، مخطئاً ومقصراً ، فلا ينبغى له أن يستفيد

---

(١) أنظر نقض مدنى فى ١٤ أبريل ١٩٥٥ مجموعة النقض (المكتب الفنى) س ٦ رقم ١٢٦ ص ٩٦٩ ، وما جاء فى حيثيات الحكم .

حقاً ان الحكم لا يتعلق بأثر العلم فى رجوع المشترى على البائع بالضمان ، ولكن يعرض لأثر العلم أو الجهل بحقوق الارتفاق ازاء تمسك صاحب العقار المخدوم بتلك الحقوق ، وان حسن نية صاحب العقار الخادم ينتفى بسبب علمه المستمد من قائمة شروط البيع ، وهذا يعتبر تصريحاً من البائع بوجود تلك الحقوق ، ومن التسجيل الذى حافظ صاحب العقار المخدوم على وجوده . واهتمام المحكمة بابراز هذا الدور للتسجيل يعنى حرصها على الاعتداد بأثره فى نفى حسن النية عن صاحب العقار الخادم ، وان لم يكن هو العنصر الوحيد فى هذا الصدد .

من خطئه (١) . ومؤدى ذلك أن العلم المستمد من السجل ينبغى أن يعتبر بمنزلة العلم الفعلى المستمد من ظهور الارتفاق أو من تصريح البائع به أو المستمد من أى سبيل آخر . ولا شك فى أهمية هذا الأثر إذا مانفذ نظام السجل العينى فى مصر ، إذ ينبغى أن تكون للقيود الواردة فيه قوة مطلقة . وتبعاً لذلك تعتبر معلومة بالضرورة للمشترى ، فلا يكون له أن يرجع على البائع بضمان حقوق الارتفاق غير الظاهرة والتى لم يعلن عنها، إذ أنها تكون معلومة ، والعلم بها يسقط حقه فى الضمان (٢) . وهذا من شأنه أن يجعل تطبيق أحكام الضمان فى هذا المجال أمراً نادراً من الناحية الواقعية .

– هذا ويراعى أن الأمر لا ينبغى أن يثور بالنسبة لحقوق الارتفاق وحدها ، ولكنه ينبغى أن يثور بالنسبة لكافة الاعباء أو التكاليف الأخرى التى تقع على المبيع ، والتى تكون واجبة الشهر ، وذلك على التحديد الذى أوردناه عند كلامنا عن المقصود بالتكاليف .

وبالنسبة لتلك التكاليف أو الاعباء بصفة عامة ، نجد أن الرأى السائد فى ظل القانون الفرنسى كذلك هو عدم الاعتداء بالعلم الذى يقوم على مجرد اشهارها . فلا يفترض العلم بها من هذا السبيل فقط ، ولكن لابد من العلم الحقيقى الذى يتم عن طريق التصريح بها من البائع نفسه أو من أى سبيل آخر . وتمشياً مع هذه الفكرة قضى بأن على بائع العقار أن يعلن فى العقد بوضوح تام عن التكاليف التى يعلم بها والتى تثقل العقار، ولا تعفى اجراءات التسجيل البائع من هذا الالتزام . فاذا لم يقم بذلك فى العقد ،

(١) أنظر كذلك ، وبصدد التعليق على حكم محكمة التمييز (النقض) اللبنانية فى ١٠ تشرين الثانى ١٩٦٤ السابق الإشارة اليه ، الأستاذ : Louis Boyer : Rev. trim. dr. civ. سنة ١٩٦٧ ص ٥١١ .

(٢) ويختلف الحكم بالنسبة للرهن على ما قدمنا (أنظر فيما سبق ص ٣٧ هامش ١ و ٢). فالرهن لا يعتبر تكليفاً أو عبئاً مثل الاعباء أو التكاليف التى تقع على المبيع ، بما فيها حقوق الارتفاق . واشتراط حسن نية المشترى للرجوع بالضمان ، لا يستلزم الا بالنسبة للتكاليف فقط ، وليس الرهن من بينها. أنظر كذلك Planiol-Ripert et Hamel : المرجع السابق بند ١٠٢ ص ١١٠ وكذلك Louis Boyer : المرجع المشار اليه بالهامش السابق بالموضع ذاته . ومؤلفنا : عقد البيع فى القانون اللبنانى ص ٣٦٢ هامش ١ .

كان مسئولا عن التعويض ليس عن عيب خفى – بل عن تكليف لم يصرح به (١) .

ومع ذلك ، فانه ينبغى أن يعاد النظر فى هذا الموضوع فى ظل نظام السجل العينى ، وذلك بالنسبة للاعباء أو التكاليف التى تقع على المبيع ، وتكون مقيدة وقت البيع فى السجل ، إذ ينبغى أن يعطى للعلم المستمد من السجل نفس الأثر الذى يعطى للعلم الذى يترتب بناء على تصريح البائع بالاعباء التى تقع على المبيع ، أو العلم الفعلى المستمد من أى سبيل آخر ، كما قدمنا بالنسبة لحقوق الارتفاق .

وتفريعاً على ذلك ، فان كل تكليف أو عبء يقع على المبيع ، ويكون مشهراً عن طريق القيد فى السجل العقارى ، وذلك فى المحال الذى ينفذ فيه هذا النظام فى مصر ، فانه ينبغى أن يعتبر فى حكم الاعباء المصرح بها ، من حيث العلم به ، وتبعاً لذلك لايكون للمشترى – طبقاً لما ذهبنا اليه من قبل – الحق فى الرجوع بالضمان على البائع ، طبقاً لما يقضى به القانون، على ما سنرى، مع مراعاة الأحكام الخاصة بالقيود القانونية للملكية .

٢٢ – **(ثانيا) القيود القانونية للملكية** : لا جدال فى أعمال الأحكام السابق بيانها ، المتعلقة بحقوق الارتفاق ، بالنسبة لحقوق الارتفاق التى تنتج عن اتفاقات تتم بين ملاك العقارات المتجاورة أو الارتفاقات التى يحدثها الانسان . لكن يثور الأمر بالنسبة للارتفاقات التى تنشأ عن التزامات يفرضها القانون ، أو ما تسمى بقيود الملكية . وهى القيود القانونية التى يفرضها القانون على الملكية ، مثل قيود الرى والمرور والقيود الناشئة عن التلاصق فى الجوار .. وهى قيود بعضها وارد فى تشريعات خاصة ، وبعضها وارد فى القانون المدنى نفسه (٢) .

---

(١) أنظر محكمة باريس فى ١٩٥٥/١١/٢ (D. 1956. Somm. 132) حيث تعلق الأمر الأمر بايجار لم يصرح به . وانظر كذلك الدائرة الاجتماعية فى ١٠ يوليو ١٩٦٢ J. C. P, 1962 4. 123

(٢) ويثور الخلاف حول طبيعة هذه القيود التى يقررها القانون على الملكية ، خاصة وأنها تشتبه بحقوق الارتفاق ، نظراً لأنها غالباً ما تتقرر على عقار لمصلحة عقار آخر ، مما حدا إلى=

ويسلم الفقه فى شأن تلك القيود بأنه لما كانت لها صفة العمومية بالنسبة للعقارات التى توجد فى ظروف معينة ، فانه لا يقوم بشأنها ضمان ، سواء كانت ظاهرة أم مستترة ، وسواء علم بها المشترى أم لم يعلم . إذ لا يعذر أحد بجهله بتكليف يفرضه القانون . فالاعتذار بالجهل بها اعتذار بالجهل بالقانون . ولهذا لا يجبر البائع على الكشف عنها للمشترى .

والواقع أنه ينبغى أن يراعى أن ما يطلق عليه ارتفاقات قانونية ، ليست ارتفاقات بالمعنى الدقيق ، ولكنها قيود ترد على الملكية ، أو بالأحرى انها تعديلات من شأنها أن تقيد من اطلاق حق الملكية . ولهذا فانه اذا تم تصرف البائع فى المبيع ، فانه انما يتصرف فى ملكية حدد القانون نطاقها تمشيا مع الضرورات الاجتماعية . فلا يكون للمشترى أن يرجع على البائع بدعوى ضمان استنادا إلى ارتفاق أو قيد قانونى ، إذ أن هذا القيد لا يحد من ملكه ، حيث يوجد هذا الملك هكذا طبقا للتنظيم القانونى . ولا يستطيع البائع أن ينقل اليه ملكية مطلقة لا وجود لها . اذ أن هذه القيود تمثل الوضع العادى للملكية، ولهذا لا محل لالتزام البائع بضمان خلو المبيع منها . بصرف النظر عن علم أو جهل المشترى بوجودها ،وبصرف النظر عن ظهورها أو عدم ظهورها . وهذا بخلاف حقوق الارتفاق التى يعنيها المشرع فى المادة ٤٥٥/٢ من القانون المدنى . (١) .

=الخلط بينها وبين حقوق الارتفاق، كما فعل المشرع الفرنسى والتقنين المصرى القديم . ومع ذلك فان القانون المدنى القائم يميز بين القيود القانونية ، وحقوق الارتفاق ، حيث عرض لكل منها على حدة . فعرض القيود القانونية عند الكلام عن نطاق حق الملكية فى المادة ٨٠٦ وما بعدها وعرض لحقوق الارتفاق فى المادة ١٠١٥ وما بعدها عند الكلام عن الحقوق المتفرعة عن الملكية. أنظر فى خصائص وطبيعة هذه القيود : حسن كيرة : الحقوق العينية الأصلية ط ٢ (١٩٦٥) بند ٦٤ ص ١٩٧ وما بعدها .

(٢) أنظر فى هذا بصفة عامة : Laurent : المرجع السابق جـ ٢٤ بند ٢٧١ ص ٢٦٥ — ٢٦٦ Baudry et Saignat : المرجع السابق بند ٣٥٥ Aubry et Rau. ٢٧٨ : المرجع السابق بند Josserand. ٥٠٧ : المرجع السابق جـ ٢ بند ١١٠٩ ص ٥٨٠ هامش Colin et Capitant مع دولامورانديار ط ١٠ (١٩٥٣) جـ ٢ بند ٩٠١ ص ٦٠٤ Mazeaud. دروس فى القانون المدنى جـ ٣ بند ٩٦٢ . =

وقد أخذ القضاء المصرى بهذه الوجهة فقرر أنه ليس للمشترى الرجوع على البائع استناداً إلى التكاليف أو الاعباء القانونية التى تعد الشريعة العامة فى الملكية العقارية ، والتى يفترض فى كل شخص العلم بها (١) .

وبالنسبة للقيود المتعلقة بخط التنظيم alignement ، فان هذه القيود — كما تقرر بعض أحكام القضاء المصرى — تعتبر قيوداً على الملكية ، أو ارتفاقات قانونية — خارج نصوص القانون المدنى — لا يضمنها البائع . فهى فى الواقع ليست الا قيوداً يوردها المشرع . ولهذا فان مالك العقار يحتفظ بالحق فى بيعه إلى حين نزع الملكية ، دون أن يلتزم قبل المشترى بالضمان استناداً إلى وجود أى من هذه القيود القانونية التى يقررها المشرع ذاته على الملكية (٢) .

الا أنه يبدو من بعض الأحكام الأخرى أنها على الرغم من اعتبارها أن العقار الداخل فى خط التنظيم يكون مثقلا بتكاليف لمصلحة النفع العام ، الا أنها تقرر تطبيق حكم المادة ٤٤٤ مدنى من حيث الرجوع بالضمان على أساسه ، إذا كان المشترى غير عالم به ، وأنه لا يكفى مجرد نشر مرسوم خط التنظيم بالجريدة الرسمية للدلالة على علم المشترى أو استطاعة العلم (٣) .

—وانظر كذلك : أنور سلطان : البيع والمقايضة ط ٢ (١٩٥٢) بند ٢٤١ ص ٣٠٤-٣٠٥ وهامش ص ٣٠٥ . وأنور سلطان وجلال العدوى (١٩٦٦) بند ٤٢٢ ص ٣٣٣ . سليمان مرقس وامام : المرجع السابق ص ٣٤٥ . السنهورى : البيع ، المرجع السابق ص ٧٠٣ هامش ١ . حسن كيره : الحقوق العينية (١٩٦٥) ص ٢٠٢ — ٢٠٣ .

وأنظر مع ذلك: عبد المنعم البدراوى: البيع ، المرجع السابق بند ٣٠٢ ص ٤٥٧ وما بعدها .

(١) استئناف مختلط فى ١١ فبراير ١٩٠٩ المجموعة ٢١ ص ٢٢٧ . ومع ذلك يضيف هذا الحكم أن التكاليف الحكومية التى تقيمها الادارة العامة ، سواء لصالح «الدومين» العام أم المصلحة العامة ، لا يمكن أن تشبه بالارتفاقات القانونية ، وأن قاعدة الاعتذار بالجهل بالقانون ينبغى أن تطبق بصرامة فى الفروض التى وضعت من أجلها . فلا تطبق على الشروط الحكومية التى تخول السلطة الادارية حقاً مستقلا أكثر اتساعاً من حقها العادى الذى يشتمل الملكية العقارية خارج نطاق اللوائح العامة .

(٢) ولهذا قرر القضاء المختلط فى هذا الصدد أن بائع الأرض لا يلتزم بأن يوجه نظر المشترى منه إلى ارتفاق أو قيد قانونى يمكن أن يمس أرضه مثل ارتفاق خط التنظيم (استئناف مختلط فى ٣ ديسمبر ١٩٣٥ مجموعة ٤٨ ص ٤٥) .

(٣) أنظر حكم محكمة مصر الكلية فى ١٩ أكتوبر ١٩٥٥ المحاماة س ٣٦ رقم ٤٤٨ ص ٩١٦ .

وانقسام القضاء على هذا النحو بالنسبة للقيود المتعلقة بخط التنظيم يدعو إلى التساؤل عما إذا كان ينبغى أن يعلم بها المشترى فعلا ، كما هو الشأن بالنسبة لحقوق الارتفاق العادية الناشئة عن فعل الانسان ، أم أنه يفترض فيه العلم بها ، ولا يكون له الرجوع بالضمان من أجلها حتى ولو كان حسن النية لم يعلم بها من حيث الواقع ، باعتبار أنها قيود ترد على الملكية ويفترض فى كل شخص العلم بها .

للاجابة على هذا التساؤل ينبغى أن نعرف أولا ما إذا كانت هذه القيود المتعلقة بالتنظيم تمثل الوضع العادى للملكية ، كما هو الشأن فى القيود على جميع العقارات .

لا شك أن هذه القيود تختلف عن القيود القانونية للملكية ، نظراً لأنها لا تمثل النطاق العادى لحق الملكية ، فهى لا تنشأ عن الوضع العادى للملكية ولكنها تتقرر على بعض العقارات وفى مناطق معينة يحددها المرسوم الخاص بذلك فى جهة معينة . أى أنها ترد كعبء استثنائى على العقارات خارج التكاليف القانونية التى تمثل الوضع العادى أو الوضع العام للملكية . ولهذا يكون للمشترى أن يرجع على البائع بالضمان استناداً اليها ، متى كان حسن النية ، يجهل وجودها عند البيع . كما يكون على البائع أن يكشف عنها للمشترى والا التزم بالضمان .

وهذا ما يقرره القضاء الفرنسى بالنسبة لارتفاقات التنظيم (Servitudes d'urbanisme) التى تفرضها الادارة فى بعض المناطق ، كالارتفاق بعدم البناء (La servitude de non aedificanti) . إذ على الرغم من الطابع القانونى للارتفاق فى هذه الحالة ، فان القضاء يقرر أن البائع الذى لا يكشف للمشترى عن ذلك ، يلتزم قبله بالضمان . ويرجع ذلك إلى أن تلك الارتفاقات قد بلغت من الكثرة والتنوع حداً يصعب معه ، بل قد يكون من المستحيل معه معرفتها . وهذا ما حدا بمحكمة النقض الفرنسية إلى التمييز فى هذا الصدد بين نوعين منها : ما يعتبر منها الوضع العادى للملكية ، وهذا يكون على

المشترى أن يعلم به ولا رجوع له بالضمان استناداً اليه ، ومالا يعتبر منها نتيجة عادية للملكية مثل قيود التنظيم المتعددة المتنوعة ، والتى تستحيل معرفتها ، والوقوف عليها ، وفى هذه الحالة يكون للمشترى الضمان من أجلها . وهذا ما أقرته محكمة النقض الفرنسية بالنسبة للارتفاق بعدم البناء (١). وهذا ما أخذت به كذلك محكمة التمييز اللبنانية (٢) .

الفصل الثالث
حالة الاستحقاق

٢٣ — **تقسيم البحث** : تثور مسألة حسن نية المشترى عند الرجوع على البائع بالضمان فى حالة استحقاق المبيع ، كله أو جزء منه . ولا شك أنه يكون للمشترى أن يرجع بالضمان متى كان حسن النية ، يجهل عند البيع سبب الاستحقاق . لكن إذا كان على علم به ، تثور المسألة ، هل له أن يرجع

---

(١) أنظر نقض مدنى فرنسى فى ٢١ فبراير ١٩٥٦ (J.C.P. 1956.1196200) و (D. 1956.285) وتعليق Blin وكذلك نقض مدنى فى ١٦ مايو ١٩٦١ فى (D. 1961.545) ، وقد جاء فيه أنه لا يفترض علم المشترى بالارتفاقات أو الاعباء الناتجة من القوانين واللوائح وقت البيع ، طالما أنها ليست نتيجة عادية لطبيعة العقار أو موقعه ، خاصة إذا لم يذكر فى الوعد بالبيع شىء يتعلق بوجودها . وانظر حكماً من محكمة Béthume فى ٢١/٢/١٩٦٢ (D. 1926. Somm. 127) وكذلك Mazeaud دروس فى القانون المدنى حـ ٣ بند ٩٦٢ ص ٨١٩ ، وكذلك ص ٨٢٧ تحت "Lectures" . ثم انظر كذلك من بين الأحكام القديمة لمحكمة النقض الفرنسية حكمها (عرائض) فى ١٧ أكتوبر ١٨٩٣ (D. P. I894 .I.44) .

(٢) فقد بينت أن عيب التخطيط إذا لم يكن ظاهراً ، فانه يعتبر من الأعباء الخفية يجب على البائع أن يصرح بها عند البيع ، وأن قيد اشارة التخطيط فى السجل العقارى لا يعفى البائع من التصريح به للمشترى عند العقد . وليس للبائع أن يدلى أنه كان بامكان المشترى أن يستعلم عن الاعباء العالقة بالمبيع . وعلى ذلك أذا باع شخص محله التجارى وهو مصاب بالتخطيط ، فانه يكون ملزماً بضمان عيب التخطيط الذى لم يصرح به عند البيع ، ولو كان مسجلا فى السجل العقارى (تمييز مدنى الغرفة الأولى قرار ١٠٢ فى ١٠ تشرين الثانى ١٩٦٤ النشرة القضائية اللبنانية س ٢١ (١٩٦٤) ص ٧٨ ومجلة المحامى ص ٣٠ (١٩٦٦) عدداً — ٣ ص ٥) . وانظر مؤلفنا : عقد البيع فى القانون اللبنانى ، المرجع السابق ص ٣٥٨ — ٣٥٩ . ومع ذلك فانه بالنسبة لما يوجد من قيود تتعلق بعيب التخطيط فى السجل العقارى ، فانه ينبغى الاعتداد بالعلم المستمد من هذا السجل حيث يرجع اليه المشترى قبل الشراء وبالتالى يعلم بها هناك من أعباء على البيع على ما قدمنا . أنظر كذلك مؤلفنا السابق بند ١٧١ .

بالضمان ، وإذا كان له ذلك ، فهل له أن يرجع بصفة مطلقة ، أم أنه لا يكون له ذلك الا فى حدود معينة ؟ انقسم الرأى حول هذا الموضوع . وقد ظهر هذا بصفة خاصة فى الفقه الفرنسى . ففى اتجاه أول قيل بضرورة حسن نية المشترى للرجوع بالضمان فى حالة استحقاق المبيع ، وفى اتجاه آخر قيل إنه لا أثر لسوء نية المشترى ، أى لعلمه بأسباب الاستحقاق عند البيع ، على الرجوع بالضمان من حيث المبدأ . وقد بحثوا فى هذا الصدد عما إذا كان العلم بسبب الاستحقاق يجعل من البيع عقداً احتمالياً .

فنعرض لذلك فيما يلى ، ثم نعرض للمقصود بالعلم فى هذا الصدد أو معيار حسن النية ، ونبحث ما إذا كان لعلم المشترى بأسباب الاستحقاق أثره على نطاق ما يحكم به ، ونبين ما يمكن الأخذ به فى هذا الصدد ، وضرورة توحيد أسس رجوع المشترى مع ترجيح فكرة انقضاء العقد ، ثم ننتهى إلى بيان ما يجب أن تكون عليه النصوص التشريعية فى هذا الصدد ، والأسس التى ينبغى أن يقوم عليها تعديل تلك النصوص .

المبحث الأول

هل يجعل العلم بسبب الاستحقاق من البيع عقدا احتماليا

٢٤ – الاتجاه الاول : العلم بخطر الاستحقاق يجعل العقد من العقود الاحتمالية : يذهب البعض من الفقهاء الفرنسيين إلى أن البائع لا يلتزم بالضمان الا إذا كان المشترى حسن النية وقت ابرم العقد ، بمعنى أنه ينبغى أن يجهل فى ذلك الحين خطر التعرض الذى سيقع له من الغير . فاذا كان المشترى يعلم عند العقد بخطر استحقاق الغير للمبيع ، أو يعلم سبب التعرض الذى يستند اليه هذا الغير ، فانه يكون على بينة من الأمر ، ويعتبر أنه قد قبل تحمل المخاطر . وتبعاً لذلك فانه يبرم عقداً احتمالياً . وتحقق هذا الاحتمال لا يخول له أى حق قبل البائع . بمعنى أنه إذا وقع له تعرض من الغير ، فانه لا يكون له أن يرجع على البائع حتى بالثمن نفسه ، باعتبار أنه قد قبل تحمل الخطر ، وابرم عقداً احتمالياً .

ويصل أنصار هذا الاتجاه إلى أنه يكفى علم المشترى بخطر الاستحقاق ، حتى يعفى البائع من الضمان دون حاجة إلى شرط صريح للاعفاء من ضمان استحقاق الغير للمبيع (1) .

وعلى ذلك ، فانه طبقاً لهذا الاتجاه لا يكون للمشترى الذى يعلم عند البيع سبب استحقاق الغير للمبيع ، رجوع على البائع ، إذ باقدامه على الشراء وهو على بينة من أمر المبيع ، يعتبر أنه أبرم عقداً احتمالياً ، فلا يكون له الرجوع حتى بالثمن .

٢٥ – الاتجاه الثانى : نقد الاتجاه السابق – مجرد العلم بسبب الاستحقاق لا يجعل البيع عقدا احتماليا : يقضى الاتجاه السابق بأن المشترى لايكون له الرجوع بالضمان فى حالة علمه بسبب الاستحقاق الذى يتعرض له المبيع ، وذلك استناداً إلى أنه يبرم فى هذه الحالة عقداً احتمالياً . ومع ذلك لا يمكن التسليم بهذا النظر على اطلاقه .

ذلك أن القول بوجود عقد غرر فى هذه الحالة يترتب عليه أنه لايكون للمشترى الرجوع على البائع حتى بالثمن نفسه ، مع أن هذا يتعارض مع ما تقضى به المادة ١٦٢٩ من القانون المدنى الفرنسى ، إذ تقضى هذه المادة بأنه فى حالة شرط عدم الضمان ، يظل البائع ملتزماً برد الثمن عند حصول الاستحقاق ، مالم يكن قد علم بهذا الخطر عند البيع ،أو مالم يكن قد اشترى آخذاً على نفسه ما يمكن وقوعه من المضار والمخاطر .

كما أنه يتعارض كذلك مع ما تقضى به المادة ٤٤٦ من القانون المدنى المصرى . ففى حالة ما إذا استحق المبيع من الغير ، وكان متفقاً على عدم الضمان ، فان البائع يكون مسئولا عن رد قيمة المبيع وقت الاستحقاق ، الا إذا أثبت أن المشترى كان يعلم وقت البيع سبب الاستحقاق ، أو أنه اشترى ساقط الخيار .

---

(1) أنظر فى هذا :Mazeaud : المرجع السابق بند ٩٦٢ ص٨١٩ و كذلك بند رقم ٩٧٥ .
ثم انظر متى يكون العقد احتمالياً :Laurent المرجع السابق بند ٢٥٨ ص ٢٥٥ – ٢٥٧ .

ومن هذا يتضح أنه لكى يمتنع على المشترى الرجوع على البائع بالضمان ، يتعين ، فى حالة علمه بخطر الاستحقاق ، أن يشترط عدم الضمان . فلا يكفى أن يكون المشترى عالماً عند البيع بهذا الخطر ، وانما يلزم أن يتفق على عدم الضمان . فاذا اجتمع الأمران معاً – شرط عدم الضمان وعلم المشترى بخطر الاستحقاق – كان العقد احتمالياً . ولا يستطيع المشترى الرجوع على البائع بضمان ما . إذ فى هذه الحالة يعلم أنه مهدد بخطر استحقاق المبيع ، وأن هذا الخطر إذا تحقق لا يخول له أى رجوع على البائع (١) . ولكن يتعين فى هذه الحالة – لكى يعفى البائع من أية مبالغ ، حتى من الثمن (بحسب مذهب القانون الفرنسى) أو من قيمة المبيع وقت الاستحقاق (بحسب عبارة القانون المصرى – أن يقوم باثبات أنه قد اشترط عدم الضمان وأن المشترى كان يعلم وقت البيع سبب الاستحقاق (٢) .

فلا يكفى للقول بوجود عقد احتمالى أن يكون المشترى عالماً بخطر الاستحقاق ، وانما يلزم أن يشترط ، علاوة على ذلك ، عدم الضمان . وبذلك لا يكون للمشترى أن يرجع على البائع حتى بقيمة المبيع (أو بالثمن حسب القانون الفرنسى) . ويكون لبقاء قيمة المبيع (أو الثمن) فى هذه الحالة بين يدى البائع سببه (٣) .

والواقع أن من يشترى وهو يعلم بخطر الاستحقاق ، ثم يشترط فى الوقت ذاته عدم الضمان ، يكون على بينة من أنه إذا تحقق الخطر لن يكون له رجوع ما على البائع ، وتبعاً لذلك تكون عليه المخاطر . وهذا بخلاف ما إذا اشترى وهو يعلم بخطر الاستحقاق ، دون أن يشترط عدم الضمان

---

(١) أنظر فى هذا : Laurent : المرجع السابق بند٢٥٨ ص٢٥٦ .Baudry et Saignat بند ٤٠٩ Colin-Capitant avec de la Morandière جـ ٢ المرجع السابق(١٩٥٣) بند ٩١٧ ص ٦١٣ بند ٤٠٩ .

(٢) أنظر : Colin-Capitant : المشار اليه فى الهامش السابق بند ٩١٧ .

(٣) أنظر Baudry et Saignat : المرجع السابق بند ٤٠٨ – ٤٠٩

إذ أنه فى هذه الحالة الأخيرة يأمل دائماً أن الخطر لن يتحقق ، وأن البائع سيتخذ من الاحتياطات ما يمنع تحقق هذا الخطر أو ما يجنبه الوقوع فيه ، وأنه إذا تحقق فانه يعتمد على ما يلتزم به البائع من ضمان . ولهذا إذا ما أراد البائع التخلص نهائياً من الضمان ، يتعين أن يقول ذلك عند البيع . وإذا ما اجتمع هذان الظرفان يصعب التسليم بعدم وجود عقد احتمالى . إذ يعلم المشترى أنه مهدد بخطر الاستحقاق ، وأنه إذا حصل هذا الاستحقاق لن تكون له أية دعوى للرجوع على البائع (١) .

وعلى ذلك فانه لا يكفى للقول بوجود عقد احتمالى أن يكون المشترى عالماً فقط بخطر الاستحقاق . فمجرد العلم بهذا الخطر ليس من شأنه أن يحرر البائع بصفة نهائية من التزامه بالضمان . وهذا ما يسلم به القضاء كذلك .

— فقد قضت محكمة النقض الفرنسية أن للمشترى الذى استحق منه المبيع دعوى ضمان قبل البائع . وفى هذه الحالة ، وعند تخلف شرط صريح بعدم الضمان ، يظل البائع ملتزماً برد الثمن ، حتى فى حالة ما إذا اثبت أن المشترى كان قد علم عند البيع بما يتعرض له من مخاطر . وهذا كله ما لم يكن قد اشترط أنه يشترى ساقط الخيار أو على مسئوليته (٢) .

ويبين من هذا أن علم المشترى عند البيع بخطر استحقاق المبيع لا أثر له على التزام البائع برد الثمن . ولكن يختلف الأمر إذا اقترن هذا العلم بشرط عدم الضمان ، كما يتضح من الحكم السابق ومن أحكام أخرى لهذه المحكمة نفسها . فاذا اقترن شرط عدم الضمان بعلم المشترى بخطر الاستحقاق ، فان المشترى لا يكون له أى رجوع على البائع ، ولا يكون له أن يرجع حتى بالثمن نفسه ، إذ يعتبر أنه قد أبرم عقداً احتمالياً . وتقرر محكمة النقض

---

(١) أنظر Laurent : بند ٢٥٨ ص ٢٥٧ والمرجع المشار إليه بالهامش . وانظر كذلك رسالة : Gross : المرجع السابق بند ١٤٦ ص ١٣٧ .

(٢) أنظر نقض فرنسى فى ٩ مارس ١٩٣٧ (S. 1937. 1. 164) أنظر كذلك التعليق على هذا الحكم .

الفرنسية فى هذا أن البائع يظل ملتزماً برد الثمن عند استحقاق المبيع ، ما لم يشترط عدم الضمان ويعلم المشترى ، وقت البيع ، خطر الاستحقاق . ولهذا فان الحكم الذى يعفى البائع من الالتزام برد الثمن ، دون أن يبين أن المشترى كان يعلم عند البيع خطر الاستحقاق ، وأن عدم الضمان قد اشترط ، يكون محلا للنقض (١) .

— وهذا ما قرره القضاء المصرى كذلك . فقد قضت المحاكم المختلطة بأن علم المشترى بسبب الاستحقاق لا يقف عقبة فى سبيل استرداده ، الا إذا كان هناك شرط بعدم الضمان . وانه لكى يمتنع على البائع رد الثمن عند حصول الاستحقاق ، فانه يجب أن يتفق صراحة على عدم الضمان فى جميع الحالات . فلا يكفى مجرد العلم بخطر الاستحقاق (٢) .

كما أخذت بذلك المحاكم الوطنية فقد قررت أن للمشترى حق الرجوع على البائع بثمن العقارات .. ما لم يكن هناك شرط بعدم ضمان البائع للمبيع بعد علم المشترى بالسبب الموجب لنزع الملكية . كما قضى كذلك بأنه لابد أن يلازم شرط عدم الضمان ، معرفة المشترى بما يهدد العين ، أو نص بأنه

---

(١) نقض مدنى فرنسى فى ٨ مارس ١٩٢١ (D.P, 194. 1. 150) وقد جاء فى التعليق على هذا الحكم (أنظر : P.151 من الموضع نفسه) أنه إذا اجتمع هذان الظرفان، وهما اشتراط عدم الضمان وعلم المشترى عند البيع بخطر الاستحقاق ، كان هناك مجال لافتراض أن الطرفين قد اعتبرا أن عقد البيع عقد احتمالى . وهذا الإفتراض يتحقق أيضاً فى حالة شراء المشترى على مخاطره à ses risques et Périls . أنظر كذلك المراجع التى أشير اليها فى هذا التعليق . وكذلك نقض فرنسى عرائض فى ١٧ أكتوبر ١٨٩٣ D. P. 1894-1. 43

(٢) أنظر محكمة الاستئناف المختلطة فى ١٧ مايو ١٩٣٨ بلتان ٥٠ — ٣١٠ ، وكذلك فى ١٦ نوفبر ١٩٣٨ المحاماة س ٢٠ رقم ٢٦٣ ص ٧٠٤ ، وكذلك فى ٢٥ يونيو ١٩٣٥ بلتان ٤٧ — ٣٩١ . وكذلك حكمها فى ٩ نوفبر ١٩٢٠ بلتان ٣٣ — ٩ ، وقد جاء فيه أن استلزام توافر شرطى العلم واشتراط عدم الضمان ينطبق سواء فى البيوع العادية أم فى البيوع التى تتم بالمزاد العلنى متى كان من رسا عليه المزاد عالما تماما بسبب الإستحقاق وقد ورد شرط عدم الضمان فى قائمة شروط البيع .

وأنظر كذلك أحكاماً أخرى أشار اليها السنهورى : المرجع السابق ص ٧٠٨ هامش رقم ١

ساقط الخيار . وهذان الشرطان هما شرطا اتحاد وتلازم . أما فى حالة شرط عدم الضمان فقط ، فيلزم البائع برد الثمن ، دون التضمينات (١)

— ويقرر الفقه المصرى كذلك أن علم المشترى بسبب الاستحقاق لا يؤدى إلى اسقاط الضمان كلية ، الا إذا اقترن به شرط عدم الضمان . ذلك أن اقدام المشترى على الشراء مع اشتراطه عدم الضمان وعلمه بسبب الاستحقاق يعنى أنه اشترى مخاطراً . ولا يكون ذلك الا فى حالة قيام شك لديه فى تحقق هذا السبب ، وأنه قد يتحقق وقد لا يتحقق . وفى هذه الحالة يتحدد الثمن على ضوء الظروف المحيطة باعتبار أن المشترى مخاطر ، وأن العقد من عقود الغرر . فاذا ما استحق المبيع تحت يدى المشترى لا يكون البائع مسئولا عن شىء قبل هذا المشترى (٢) .

٢٦ – حالة قيام المشترى بالشراء على مخاطرة أو «ساقط الخيار» :
وهذا هو الحكم كذلك فى حالة ما إذا اشترى المشترى ساقط الخيار . إذ يؤخذ من المادة ٤٤٦ أنه فى حالة الاتفاق على عدم الضمان ، إذا نشأ الاستحقاق من فعل الغير ، «فان البائع يكون مسئولا عن رد قيمة المبيع وقت الاستحقاق ، الا إذا أثبت أن المشترى كان يعلم وقت البيع سبب الاستحقاق ، أو أنه اشترى ساقط الخيار» .

وعلى ذلك يلزم لكى يتحرر البائع من كل مسئولية عن استحقاق المبيع أن يتفق فى العقد على عدم الضمان ، وأن يشترى المشترى «ساقط

---

(١) أنظر محكمة المنيا الكلية فى ٢٢ مايو ٩٣٢ (المحاماة س ١٣ رقم ٢٩٥ ص ٥٧٢ . محكمة استئناف مصر فى ٢٦ يناير ١٩٣٩ (المحاماة س ٢٠ رقم ٢٢٠ ص ٦٢٠) .

(٢) أنظر فى هذا : سليمان مرقص ، ومحمد على امام : المرجع السابق بند ٢١٩ ص ٣٧٦ . عبد المنعم البدراوى المرجع السابق بند ٣٣٠ ص ٣٩٥ . منصور : بند ٨٧ ص ١٩٠ . اسماعيل غانم : ص ١٩١ . السنهورى ص ٧٠٨ . أنور سلطان وجلال العدوى : المرجع السابق بند ٤١٧ ص ٣٣٠ .

الخيار» (١) بحسب عبارة المادة ٢/٤٤٦ . ولابد من اجتماع الأمرين معاً ، كما هو واضح من النص . وفى هذه الحالة يعتبر من العقود الاحتمالية .

وقد صرحت المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى بأن العقد يكون احتمالياً ، سواء فى حالة شراء المشترى «ساقط الخيار» ، أم فى الحالة السابقة، وهى علم المشترى بسبب الاستحقاق ، فقالت : «ويكون البائع غير مسئول عن رد شيء ما إذا صحب شرط عدم الضمان أحد أمرين ، علم المشترى بسبب الاستحقاق ، أو شراوه ساقط الخيار ، لأن البيع فى هذه الحالة يكون عقداً احتمالياً» .

والواقع أن البيع فى حالة شراء المشترى على مخاطره يأخذ طابع العقود الاحتمالية . ومن الجائز تبعاً لذلك أن يتم الشراء بثمن منخفض ، فلا يكون له الرجوع حتى بالثمن ،سواء فى حالة الاستحقاق الكلى أم فى حالة الاستحقاق الجزئى (٢) . وتقضى محكمة النقض الفرنسية بأن قبول الاحتمال أو الغرر الملازم لشراء تم على أن يأخذ المشترى على عاتقه ما يمكن وقوعه من المضار والمخاطر à ses risques et perils يجوز أن يستنتج من عبارات مماثلة (٣)

---

(١) ويستعمل قانون الموجبات والعقود اللبنانى عبارة أخرى مقابلة لعبارة «ساقط الخيار» التى يستعملها القانون المصرى ، وهى عبارة «أخذ على نفسه ما يمكن وقوعه من المضار والمخاطر» وذلك ترجمة للعبارة الفرنسية (à ses risques et perils) . وعبارة القانون اللبنانى أدق فى التعبير عن المقصود فى هذا الصدد من العبارة الواردة فى النص المصرى .

أنظر كذلك : مصطفى الزرقا : عقد البيع فى القانون السورى ، ص ٢١٨ هامش ٢ .

(٢) أنظر كذلك :Limpens (مع آخرين) : البيع فى القانون البلجيكى (١٩٦٠) بند ٢٥٨ ص ٢٥٥ Ripert et Boulanger المرجع السابق (١٩٥٩) بند ٥٢١ ص ٥ ٧٠٥ . Planiol-Ripert et Hamel المرجع السابق بند ١٢٤ ص ١٣٤ Beudant المرجع السابق بند ٢٣٠ ص ١٨٣ Baudry et Saignat : المرجع السابق بند ٤٠٩ .

(٢) أنظر نقض مدنى فرنسى فى ١٩٤٨/٣/١٠ فى (D. 1948, 255) وانظر كذلك Baudry et Saignat : المرجع السابق بند ٤٠٩ . Beudant ص ١٨٣ وهامش رقم ٢. وكذلك : السنهورى : بند ٣٥٩ ص ٧٠٩ . مصطفى الزرقا : عقد البيع فى القانون السورى، المرجع السابق بند ١٧٧ .

والواقع أن معرفة ما إذا كان العقد احتمالياً ينبغى أن يرجع فيها إلى كل حالة على حدة=

على أنه إذا كان من الواضح أنه إذا أخذ المشترى على عاتقه ما يمكن وقوعه من المضار والمخاطر ، فانه يلزم فضلا عن ذلك ، أن يكون هناك اشتراط بعدم ضمان البائع ، حتى يعفى هذا الأخير من أية مبالغ كان يمكن الرجوع بها عليه . وهذا واضح من نص المادة ٤٤٦ مدنى . وهو ما يسلم به الفقه (١) .

ومع ذلك فان الفقه الفرنسى ، بصفة عامة ، يكتفى فى هذا الصدد بأن يصرح المشترى أنه اشترى على مسئوليته ، إذ هو بذلك يأخذ على عاتقه كل المخاطر ، ويبرم عقداً احتمالياً يعفى فيه البائع — فى حالة استحقاق المبيع من الغير — حتى من أداء الثمن . ولا يستلزم هذا الفقه ، إلى جانب تصريح المشترى بذلك ، أن يلحق هذا التصريح شرط بعدم الضمان . ذلك أن المشترى إذا أخذ على عاتقه ما يمكن وقوعه من المضار والمخاطر ، فان هذا يعنى أنه لا يجوز له الرجوع على البائع . فالبيع بذلك بيع احتمالى طبقاً لما يصرح به المشترى نفسه (٢) .

وإذا غضضنا النظر عما يستلزمه المشرع فى هذه الحالة من توافر شرط عدم الضمان وشراء المشترى ساقط الخيار ، فان شراء المشترى على مخاطره ، أو على مسئوليته ، أى شراءه ساقط الخيار كما يقول المشرع ، يعنى أنه يبرم عقداً من عقود الغرر ، وتبعاً لذلك لا يكون له أى رجوع على البائع ،

= وقد قضت المحاكم المختلطة فى هذا الصدد بأن من يشترى شيئاً متنازعاً فيه لا يكون له الحق فى أية حال فى المطالبة برد الثمن (استئناف مختلط ٧ نوفمبر ١٩٢٢ (بلتان ٣٥ — ١٤) . كما قضت كذلك بأن من يكتسب حقوقه من مشتر اشترى ساقط الخيار ، مع علمه التام بخطر الاستحقاق الذى أدى إلى رفع دعوى لا يكون له الحق فى استرداد الثمن ، وذلك بالاستناد إلى المادة ٣٧٦ مدنى مختلط (استئناف مختلط فى ٢٤ مارس ١٩٣٨ بلتان ٥٠ — ١٩٠)

(١) أنظر : منصور : بند ٨٧ ص ١٩٠ . أنور سلطان وجلال العدوى : بند ٤١٩ ص ٢٣١ . محمد لبيب شنب : المرجع السابق بند ١٦٩ ص ٢١٧ .

(٢) أنظر فى هذا Laurent المرجع السابق بند ٢٥٨ ص ٢٥٦ — ٢٥٧ Baudry et Saignat : بند ٤٠٩ . Aubry et Rau : بند ٣٥٥ هامش ٥١ Planiol-Ripert.(ter) et Hamel بند ١٢٤ ص ١٣٤ .

إذا ما تم الاستحقاق ، لأن فكرة الغرر واضحة ، ولهذا فان استلزام شرط عدم الضمان إلى جانب ذلك يعتبر فضلة من القول (١) .

وإذا كان يمكن القول بأن تصريح المشترى بأن يشترى على مخاطره أو على مسئوليته ، يعنى أنه يبرم عقداً من عقود الغرر ، فان هذا الأمر يختلف عن الحالة الأخرى التى عرض لها المشرع وهى علم المشترى بسبب الاستحقاق، إذ ليس من اللازم فى حالة علم المشترى بسبب الاستحقاق أنه يبرم بذلك عقداً احتمالياً . فهو يأمل أن خطر هذا الاستحقاق لن يتم . وإذا ما تم فانه يعتمد على ما يلتزم به البائع من ضمان . ولهذا يلزم أن يصرح البائع بأنه ليس ضامناً . وفى هذه الحالة حيث يجتمع علم المشترى بسبب الاستحقاق واشتراط البائع عدم الضمان ، يكون من اليسير استنتاج أن البيع عقد احتمالى. ذلك أن المشترى يعلم أنه مهدد بخطر الاستحقاق ، وإذا تم ذلك لا يكون له أى رجوع على البائع (٢) .

٢٧ – المقصود بالعلم أو معيار حسن النية فى حالة ضمان الاستحقاق

ينصرف حسن النية فى هذا الصدد إلى جهل المشترى بخطر الاستحقاق . وقد وضعت محكمة النقض المصرية فى حكم حديث لها تعريفاً فى هذا الصدد للمقصود بحسن النية الذى نص عليه المشرع عند الكلام فى بيع ملك الغير قررت فيه أن المشرع وإن جعل «مناط حسن نية المشترى هو جهله بأن المبيع غير مملوك للبائع له ، فهو يعنى ألا يكون هذا المشترى عالماً وقت شرائه بأن البائع له لا يملك المبيع ، وبأنه يستحيل عليه لذلك نقل الملكية اليه ، ومن ثم فلا ينتفى حسن النية عن المشترى لمجرد علمه بأن سند البائع

---

(١) أنظر : عبد المنعم البدراوى : المرجع السابق بند ٣٣٠ ص ٤٩٦ . وانظر كذلك السنهورى : المرجع السابق ص ٧٠٩ . وانظر كذلك حكم الاستئناف المختلط فى ٢٤ مارس ١٩٣٨ المشار اليه أعلاه .

(٢) أنظر Colmet de Santerre t. 7, p. 9I. no. 64 Bis, II etIII Cuillouard I no. 395, Huc X. no 1I4. Laurent no. 258, Baudry et Saignat, no 409

له عقد بيع ابتدائى لما يسجل ، إذ فى هذه الحالة لا يستحيل على البائع نقل الملكية ، بل ان انتقالها يكون ممكناً بمجرد تسجيل البائع عقد تمليكه ..»(١).

وإذا كان حسن النية ينصرف إلى الجهل بالواقعة التى نشأ عنها الاستحقاق على هذا النحو ، فهل يلزم لكى يكون سىء النية أن يعلم بتلك الواقعة علماً حقيقياً أو أنه يكفى أن يكون من الممكن أن يعلم ؟

يبدو أن المقصود فى هذا المجال ، وعلى خلاف حالة حسن النية بالنسبة للعيوب ، انه يلزم أن يكون علم المشترى بالواقعة علماً حقيقياً . وذلك مع مراعاة ما أوردناه بالنسبة للعلم المستمد من التسجيل ، خاصة فى ظل نظام السجل العينى (٢) .

هذا هو المقصود بحسن أو سوء النية ، فهو ينصرف إلى الجهل أو العلم بسبب الاستحقاق . فلا يقصد بسوء النية هنا قصد الايذاء لدى المتعاقد (٣) .

والعبرة فى هذا الصدد بحسن النية وقت العقد ، أو بالاحرى وقت تبادل الرضى . ومع ذلك فانه إذا كان يقصد بحسن النية أن يجهل المشترى سبب الاستحقاق ، فان الفقه يستلزم أن يكون هذا الجهل مبرراً ، مشروعاً Légitime ، فلا يكفى أى جهل بخطر الاستحقاق الواقع على المبيع حتى يكون له الرجوع على البائع . ولهذا يكون على المشترى أن يتبين عند العقد المخاطر الظاهرة للتعرض ، إذ لا لوم على البائع فى عدم اظهارها له (٢) .

---

(١) نقض مدنى فى ١١ يونيه ١٩٦٤ مجموعة المكتب الفنى ١٥ رقم ١٢٨ ص ٨١٤ .

(٢) أنظر كذلك Beudand : ص ١٦٦ هامش ٢ وهو يرى أن المشترى الذى يجهل سبب الاستحقاق يعتبر حسن النية ، حتى على الرغم من وجود تسجيل أو قيد .

(٣) أنظر فى هذا R. Vouin : La bonne foi, notion et rôle actuels en droit privé français, thèse, Bordeaux 1939, p. 52 et s.

وانظر كذلك Carbonnier : جـ ٢ بند ٦٥ ص ٢١٧ و ٢١٨ والمراجع التى أشار اليها فى هذا الصدد .

(٤) أنظر فى هذا : Mazeaud : المرجع السابق جـ ٣ بند ٩٦٢ ص ٨١٩ . وانظر مع ذلك ما يقرره القضاء الفرنسى فى هذا الصدد من أنه إذا كانت المحاكم تستلزم فقط أن يجهل المشترى أن المبيع مملوك للغير ، فانه لايهم أن ينتج هذا الجهل من خطأ جسيم بعدم اهتمام يقع من المشترى (أنظر نقض فرنسى عرائض فى ٨ مايو ١٨٧٢ (D. 73. I, 479) وفى (S. 73. 1. 76)).

ويراعى أن حسن النية ينتفى إذا أعلم البائع المشترى بسبب الاستحقاق أو إذا أثبت أنه قد علم به فعلا . ذلك أنه إذا كان حسن النية مفترضاً ، فانه يقع على البائع اثبات العكس[1].

المبحث الثانى

هل لعلم المشترى بأسباب الاستحقاق أثره على نطاق ما يحكم له به ؟

٢٨ — **تقسيم** : قدمنا أن مجرد علم المشترى بسبب الاستحقاق لا يعنى أنه يبرم عقداً احتمالياً ، وأن هذا العلم لا يحرمه من الرجوع على البائع الا إذا اقترن بشرط عدم الضمان . ومع ذلك فان هذا العلم ، إذا كان غير مقترن بشرط عدم الضمان ، قد أثار الكلام حول مدى ما يمكن للمشترى أن يرجع به على البائع . فقد ثار هذا الخلاف فى ظل القانون الفرنسى ، كما يثور الآن فى ظل القانون المصرى القائم . ولهذا نرى من الملائم أن نعرض لهذا الموضوع فى ظل القانون الفرنسى أولا ، ثم نعرض له فى ظل القانون المصرى .

٢٩ — **اولا — فى ظل القانون الفرنسى** : السائد فى ظل هذا القانون فى الوقت الحاضر هو أن علم المشترى بخطر الاستحقاق لا يخول له الرجوع على البائع بالتضمينات . ولكن الرأى منقسم حول المقصود بالتضمينات . هل هى كافة ما يستحق للمشترى بسبب الاستحقاق من المبالغ الأخرى ، عدا الثمن ، أم أنها تقتصر على التعويض فقط عما يقع من أضرار ، أى على التعويض بالمعنى الضيق .

ترى غالبية الفقهاء أن المقصود بالتضمينات هنا ، كافة المبالغ الأخرى التى تستحق للمشترى عند استحقاق المبيع ، عدا الثمن le prix الذى دفعه . ولهذا يفرقون بين حق المشترى فى استرداد الثمن ، وحقه فى المبالغ الأخرى . وبالنسبة لهذه المبالغ يدخلونها تحت التعويضات أو التضمينات

---

(١) أنظر فيما سبق بند ٥ ص ١٠ وهامش ٢ .

بصفة عامة dommages-interêts فتشمل : الثمار والمصروفات ثم التعويضات . أى تشمل جميع العناصر المنصوص عليها فى المادة ١٦٣٠ مدنى فرنسى إلى جانب الثمن (١) .

أما الجانب الآخر من الفقهاء فانهم يرون قصر المقصود بالتضمينات على التعويض بالمعنى الضيق فلا تمتد إلى الثمار والمصروفات . وبعبارة أخرى ان هذا الجانب من الفقه يرى أن حق المشترى سىء النية لايمتد إلى التعويضات المنصوص عليها فى الفقرة الرابعة من المادة ١٦٣٠ مدنى فرنسى (٢) .

وعلى ذلك فانه طبقاً للرأى الغالب فى ظل القانون الفرنسى لا يكون للمشترى سىء النية ، الذى يعلم عند البيع بخطر الاستحقاق ، الا الرجوع بالثمن فقط ، دون غيره من الأداءات الأخرى التى عددتها المادة ١٦٣٠ ، والتى تنطوى تحت التضمينات بصفة عامة . ولكى تستحق تلك المبالغ الأخرى ينبغى أن يكون المشترى حسن النية وقت البيع ، يجهل خطر الاستحقاق الذى يتعرض له . وبعبارة أخرى ان أثر سوء النية يتمثل فى حرمان المشترى من التعويضات بصفة عامة ، وأن التزام البائع يوقف بالنسبة للمبالغ الأخرى (٣) .

ولا يقوم الحل السابق على حكم مباشر فى شأن أحكام الضمان ، ولكنه يستند إلى ما أورده المشرع فى شأن بيع ملك الغير عندما يقع الاستحقاق

---

(١) أنظر فى هذا : Aubry et Rau : بند ٣٥٥ هامش ٣٢ .Laurent بند ٢٤١ ص ٢٤٠ Baudry et Saignat : بند ٣٧٥ . Josserand : بند ١١١٢ ص ٥٨٢ . Planiol-Ripert et Hamel : جـ ١٠ بند ١١٣ ص ١٢٣ .

(٢) أنظر Beudant : المرجع السابق جـ ١١ بند ٢١٣ ص ١٦٣ وبند ٢١٥ ص ١٧٠ . أنظر كذلك : موسوعة دالوز تحت «بيع» رقم ١٤٩٣

(٣) أنظر Aubry et Rau : بند ٣٥٥ متن وهامش ٤٦ .Baudry et Saignat بند ٣٧٥ و ٤٠٠ و ٤٠٩ .Laurent : بند ٢٥٩ - ٢٦١ Colin-Capitant et De la Morandière المرجع السابق (ط ١٠ ص ١٩٥٣) جـ ٢ بند ٩١٩ ص ٦١٣ . Planiol-Ripert et Hamel بند ١١٣ . Mazeaud : السابق جـ ٣ بند ٩٦٥ .

من المالك الحقيقى للمبيع . ذلك أن المادة ١٥٩٩ من القانون المدنى الفرنسى فى شأن بيع ملك الغير ، لا تخول للمشترى الحق فى التعويض الا إذا كان يجهل أن المبيع مملوك للغير ، أى الا إذا كان يجهل خطر الاستحقاق . إذ تنص هذه المادة على أن : «بيع ملك الغير باطل : ويجوز أن ينشأ عنه حق للمشترى فى طلب التعويض متى كان يجهل أن الشىء مملوك للغير» . فاستناداً إلى هذا النص ، وخشية وقوع التعارض معه ، قرر الفقه أن علم المشترى بخطر الاستحقاق ، حتى ولو كان هذا العلم عن غير طريق البائع ، يعفى هذا الأخير من التعويضات فقط ، دون الثمن . وهذا ما أخذ به فى ظل القانون الفرنسى القديم ، وسار عليه التقنين المدنى الفرنسى (١) .

— ويسير القضاء الفرنسى كذلك فى هذا الاتجاه . فيقرر أنه إذا كان مجرد العلم بخطر استحقاق الغير للمبيع يكفى لاعفاء البائع من الالتزام بالضمان ، فانه لا يعفيه من رد الثمن ، طالما أنه لم يشترط عدم الضمان ، وطالما أنه لم يشتر على مخاطره . وتقول محكمة النقض الفرنسية فى هذا الصدد : «... أنه إذا لم يوجد شرط صريح بعدم الضمان ، يظل البائع ملتزماً برد الثمن ، حتى فى الحالة التى يثبت فيها أن المشترى قد علم ، منذ البيع ، بالخطر الذى يتعرض له ، هذا ما لم يشترط أنه يشترى على مخاطره» (٢) . كما استلزمت هذه المحكمة توافر حسن النية لدى المشترى للحصول على المبالغ

---

(١) Baudry et Saignat : المرجع السابق بند ٤٠٠ وقد أشار إلى بوتييه فى البيع بند ١٨٧ . و انظر القضاء الذى أورده فى هذا الصدد . ثم أنظر كذلك آخر بند ٤١٠ من Baudry .

(٢) وقد جاء نص الحكم بالفرنسية كما يلى : « ... En une telle hypothèse, et à défaut de clause expresse de non-garantie, le vendeur reste tenu à la restitution du prix, même au cas où il serait établi que l'acheteur aurait eu lors de la vente, connaissance du risque auquel il etait exposé, à moin qu'il n'ait été expressement stipulé que celui-ci achetait à ses risques et perils ... »

نقض مدنى فرنسى فى ٩ مارس ١٩٣٧ (S. 1937. 1. 164). وانظر مع ذلك التعليق على هذا الحكم وكذلك : موسوعة دالوز تحت «بيع» رقم ٣٢٠ . والسنهورى ص ٦٨٥ بالهامش حيث نسب إلى هذا الحكم أنه يقرر أن علم المشترى لا أثر له على رجوعه حتى بالتعويضات ، ولكن الواقع ان هذا هو ما جاء فى التعليق على الحكم ، لا ما أورده الحكم ذاته .

الأخرى ، غير الثمن ، وهي الزيادة في القيمة التي كانت قائمة وقت حصول التعرض ، والتعويضات (١) .

ومن هذا يتضح أن القضاء الفرنسي يستلزم حسن نية المشترى للرجوع بالتعويضات ، وهي المبالغ الأخرى غير الثمن . فاذا كان سيء النية يعلم خطر الاستحقاق الذي يتعرض له المبيع ، اقتصر حقه على الرجوع بالثمن فقط .

٣٠ — **ثانيا — في ظل القانون المصري** : يمكننا أن نفرق بين الوضع في ظل القانون القديم والوضع في ظل القانون القائم .

٣١ — **في ظل القانون القديم** : تأثر الفقه والقضاء بما كان سائداً في ظل القانون الفرنسي . فاذا كان للمشترى أن يرجع على البائع بالضمان إذا ما استحق المبيع ، الا أنه لا يكون له أن يرجع بالتضمينات الا إذا كان حسن النية . وعلى ذلك إذا كان قد اشترى وهو عالم بسبب الاستحقاق ، فلا حق له في التعويض . وهذا الرأى مستفاد من أحكام بيع ملك الغير ، على غرار ما أخذ به الفقه الفرنسي . وإذا كان المشترى سيء النية لا يستحق التعويضات فان له أن يسترد الثمن ، إذ ليس للبائع ما يسوغ امساكه ، حيث أن بقاءه بين يديه لم يعد له سبب (٢) .

وقد أخذت محكمة النقض المصرية ، كما أخذ القضاء المختلط بهذه الوجهة . فقررت محكمة النقض أنه : «إذا باع أحد شيئاً على أنه مملوك له ، ثم تبين بعد البيع عدم ملكيته للمبيع ، كان البائع ملزماً في حالة نزع ملكية هذا الشيء

---

(١) أنظر نقض فرنسي (تجاري) في ١٩٥١/٢/٢٨ Bull. Cass. 1951.2.64 ويتعلق الأمر هنا بحسن نية شركة حصل لها تعرض من المالك الحقيقي في الحصة التي قدمها أحد الشركاء .
وانظر كذلك محكمة Colmar في ١٩٥٠/١٠/٢٠ D. 1951. 69 وقد جاء فيه أن المشترى سيء النية لا يكون له الا الحصول على الثمن الذي أداه فقط ، دون أية تعويضات أخرى .
(٢) أنظر في هذا : أحمد نجيب الهلالي ، وحامد زكي : المرجع السابق ، بند ٣٧٦ ص ٣٧٨ وبند ٣٧١ ص ٣٧١ — ٣٧٣ .

من المشترى بالتضمينات إذا كان المشترى يعتقد وقت الشراء صحة ملكية البائع للشيء المبيع (أى كان حسن النية) . ويحتسب ضمن التضمينات مازاد فى قيمة المبيع بعد البيع على ثمنه» (١) .

٣٢ — **فى ظل القانون القائم** : أما فى ظل القانون القائم فقد انقسم الفقه حول هذا الموضوع ، وظهر هناك اتجاهان فى هذا الصدد .

٣٣ — الاتجاه الاول : الاعتداد بحسن نية المشترى فى رجوعه على البائع: ففى اتجاه أول قيل انه يلزم لكى يرجع المشترى بالتعويض ، فى حالة استحقاق المبيع ، أن يكون المشترى حسن النية . وهذا الاتجاه متأثر بما هو سائد فى ظل القانون الفرنسى . وهو يستند كذلك إلى ما أورده المشرع فى المادة ٤٦٨ مدنى بشأن بيع ملك الغير والتى تقضى بأنه «إذا حكم للمشترى بابطال البيع ، وكان يجهل أن المبيع غير مملوك للبائع ، فله أن يطالب بتعويض ، ولو كان البائع حسن النية» . ولهذا يكون للمشترى عند رجوعه بالضمان مطالبة البائع بالتعويض بشرط أن يكون حسن النية ، يجهل أن المبيع مملوك للغير .

---

(١) نقض فى ١٩ نوفمبر ١٩٣١ طعن رقم ١١ س ١ ق بمجموعة النقض فى ٢٥ سنة تحت بيع قاعدة ٧٨ وفى المحاماه س ١٢ رقم ١٥٩ ص ٢٩٦ . وانظر كذلك حكمها فى ١٩٥١/٢/١ بمجموعه النقض المذكور قاعدة ٨٣ . وقد جاء فى هذا الحكم الأخير : أن «الضمان المقرر قانوناً على البائع عند استحقاق المبيع يلزمه برد الثمن مع التضمينات وفقاً للمادة ٣٠٤ مدنى (قديم) . مالم يكن المشترى عالماً وقت البيع بالسبب الذىأدى إلى الاستحقاق ، إذ لايجوز له فى هذه الحالة الرجوع على البائع بالتعويضات عملا بالمادة ٢٦٥ مدنى (قديم) . وهذا وذلك دون حاجة إلى اشتراط خاص فى العقد .. » . وانظر كذلك حكمها فى ١٩٥٤/١/٢١ بالموضع السابق تحت قاعدة ٨٨ ، وان كان يبدو من وقائع هذا الحكم أنه كان مشترطاً عدم الرجوع الا فى حدود الثمن الحقيقى .

ثم أنظر كذلك استئناف مختلط فى ٢٥ يونيو ١٩٣٥ (مجموعة ٤٧ – ٣٩١) وأحكاماً أخرى أشار اليها السنهورى ص ٦٨٤ بالهامش . هذا وقد جرى بعض أحكام القضاء المختلط على أعطاء المشترى تعويضاً مخففاً فى حالة ما إذا كان البائع أيضاً سىء النية – أنظر استئناف مختلط ١١ مايو ١٨٩٧ مجموعة ٩ ص ٣٤١ .

ويضيف بعض أنصار هذا الاتجاه إلى ذلك أن الواقعة التى أدت إلى ابطال البيع أو إلى الضمان هى فى النهاية واحدة ، وهى صدور البيع من غير مالك . ولما كانت دعوى ابطال بيع ملك الغير ليست فى الواقع سوى دعوى ضمان أجيز رفعها قبل الأوان (أى قبل حصول التعرض الفعلى) ، فانه يجب ألا يتغير مدى حق المشترى تبعاً للدعوى التى يختار رفعها . ولهذا وجب القول بأن المشترى لا يحق له الرجوع على البائع الا بقيمة المبيع ، متى كان يعلم وقت العقد بسبب الاستحقاق . ولا يكون له الرجوع بسائر بنود التعويض الا إذا كان حسن النية (١) .

ومن الواضح أن هذا الاتجاه يربط بين أحكام الضمان وأحكام بيع ملك الغير ، مع أنه ينبغى أن تنظر إلى أحكام الضمان استقلالا عن أحكام بيع ملك الغير (٢) . حقاً انه فى حالة استحقاق المبيع استحقاقاً كلياً ، يكون هذا المبيع ، فى الغالب من الحالات ، مملوكاً للغير وقت البيع . ولكن هذا ليس أمراً لازماً فى جميع الحالات . فقد يقع الاستحقاق الكلى استناداً إلى سبب آخر ، إذ قد يكون البائع مالكاً للمبيع عند البيع ، ويكون المشترى على علم بذلك . ثم يقوم هذا البائع بالتصرف فى المبيع إلى مشتر ثان يفضل على المشترى الأول . فى هذه الحالة يكون للمشترى الأول الرجوع على البائع له طبقاً لأحكام الضمان . ومن ناحية أخرى فان المبيع قد يكون مملوكاً للبائع ومرهوناً فى الوقت ذاته ، ثم يباع هذا المال المرهون استيفاء لدين الدائن المرتهن ، فيكون للمشترى الرجوع على البائع (المدين) بالضمان كذلك . وهذا هو الحكم أيضاً عند ما يبيع المالك ما يملك ، ولكن قبل أن تنتقل الملكية إلى المشترى

---

(١) أنظر من أنصار هذا الاتجاه : أنور سلطان : البيع ط ٢ (١٩٥٢) بند ٢٥٥ ص ٣١٦ . عبد المنعم البدراوى : عقد البيع ، السابق بند ٣١٥ ص ٤٧٨ — ٤٧٩ .

(٢) أنظر كذلك رسالة B. Gross بعنوان : La notion d'obligation de garantie dans le droit des contrats, Paris 1964, No. 341, p. 323 — 325. وتكشف مذكرة المشروع التمهيدى للقانون المدنى المصرى بشأن المادة ٤٦٨ المتعلقة ببيع ملك ملك الغير ، عن الربط بين ضمان الاستحقاق الكلى وبيع ملك الغير فتقول إن الاستحقاق إذا كان كلياً ، كان هذا هو بيع ملك الغير (أنظر مجموعة الاعمال التحضيرية جـ ٤ ص ١٩٤) . وانظر مع ذلك ما سيرد فى المتن .

يقوم أحد دائنى البائع بالحجز والتنفيذ على المبيع ، وفى هذه الحالة أيضاً يكون للمشترى أن يرجع على البائع بالضمان (١) .

ومن هذا نتبين أن التلازم بين الاستحقاق الكلى وبين بيع ملك الغير ليس أمراً محتما فى جميع الحالات التى يكون فيها للمشترى الرجوع بالضمان على أساس استحقاق المبيع ، وهو ما يدعو إلى اعادة النظر فى هذا الموضوع بحيث ينظر إلى أحكام الضمان بصفة مستقلة ، تقوم على نص خاص ينظمها ، وليس استناداً إلى بيع ملك الغير ، رغم ما بين النظامين من تقارب . وسنعود إلى هذا الموضوع مرة أخرى .

٣٤ ــ الاتجاه الثانى : عدم الاعتداد بحسن او سوء نية المشترى فى رجوعه على البائع : وفى الاتجاه الثانى قيل إن للمشترى أن يرجع على البائع — فى حالة الاستحقاق الكلى — بكافة عناصر التعويض ، بصرف النظر عما إذا كان حسن النية أم سيء النية عند العقد . فليس لحسن أو سوء نية المشترى أثر فى رجوعه على البائع بتلك العناصر . وبهذا يختلف رجوع المشترى على أساس الضمان عن رجوعه على أساس بطلان بيع ملك الغير (٢) .

ويستند هذا الاتجاه ، وهو الذى تؤيده الغالبية من الفقهاء فى مصر فى الوقت الحاضر (٣) ، إلى عدة أسس ، يمكننا أن نعرض لها فيما يلى :

---

(١) أنظر Ripert et Boulanger d'après Planiol جـ ٣ (١٩٥٨) بند ١٥٠٥ ص ٥٠٢ . منصور المرجع السابق بند ٨٦ خاصة ص ١٧٨ . اسماعيل غانم: المرجع السابق ص ١٨٥—١٨٦ . محمد لبيب شنب : المرجع السابق (ط ١٩٦٦) بند ١٥٨ ص ٢٠٩ . محمد لبيب شنب و مجدى صبحى خليل : شرح أحكام عقد البيع (١٩٦٨) بند ١٧٥ ص ٢٣٥ . مؤلفنا عقد البيع فى القانون اللبنانى ، المرجع السابق بند ١٨٣ ص ٣٨٦ — ٣٨٩ وكذلك هامش ١ ص ٣٨٨ .

(٢) وفى هذا يقول السنهورى (المرجع السابق : بند ٣٥٢ ص ٦٨٤) : ان «أهم فرق فى التعويض المستحق بموجب ضمان الاستحقاق و بين التعويض المستحق بدعوى الابطال أو دعوى الفسخ يظهر عندما يكون المشترى عالماً بسبب الاستحقاق وقت البيع . ففى دعوى ضمان الإستحقاق لا يؤثر هذا العلم فى مقدار التعويض ..» .

(٣) أنظر من المؤيدين لهذا الاتجاه : سليمان مرقس و محمد على امام : المرجع السابق بند ٢٠٧ ص ٣٦٢ — ٣٦٣ . منصور : بند ٨٦ ص ١٧٧ — ١٧٨ . اسماعيل غانم : ص ١٨٥— ١٨٦=

فقد قيل ان المادة ٤٤٣ مدنى ، التى تبين ما يرجع به المشترى فى حالة استحقاق المبيع ، قد وردت عامة ، دون تمييز بين حالة حسن أو سوء نية المشترى فى رجوعه على البائع بالمبالغ المبينة فيها . كما أن المذكرة الايضاحية المتعلقة بهذا النص قد جاءت عامة كذلك لم ترتب على حسن أو سوء نية المشترى أى أثر .

كما أن المشرع المصرى قد آثر ، فى بيان ما يترتب على ضمان الاستحقاق أن يلتزم الحل الذى تمليه القواعد العامة . وذلك أن ضمان الاستحقاق التزام فى ذمة البائع قد نشأ من عقد البيع ، وإذا طالب المشترى به قامت مطالبته على أساس هذا العقد . «ومعنى ذلك ، كما تقول المذكرة الايضاحية ، أن ضمان الاستحقاق بمعناه الدقيق لا يتصور قيامه الا مع قيام عقد البيع . والمشترى فى رجوعه بالضمان على البائع انما يطالب منه تنفيذ التزامه بنقل ملكية المبيع . ولما كان المبيع قد استحق واستحال بذلك التنفيذ العينى للالتزام ، فلم يبق أمام المشترى الا أن يطالب بتنفيذ الالتزام عن طريق التعويض . والتعويض فى هذه الحالة هو ماذكرته المادة ٥٨٩ من المشروع وهى تقتصر على تطبيق القواعد العامة فى تقدير التعويض ... » (١) ولا تفرق القواعد العامة بين ما إذا كان مستحق التعويض حسن النية أم سيء النية ، إذ لا يختلف مقدار ما يحكم به من تعويض تبعاً لاختلاف نية الدائن (أى المشترى فى هذه الحالة (٢) .

وفضلا عما سبق يستند أنصار هذا الاتجاه إلى ما أورده المشرع نفسه فى آخر المادة ٤٤٣ حيث نص على إمكان رجوع المشترى ، فضلا عن دعوى الاستحقاق ، بدعوى فسخ البيع أو إبطاله ، مع ما هنالك من اختلاف بالنسبة

ـعبد الفتاح عبد الباقى : محاضرات فى العقود المسماة ج ٣ (عقد البيع) بند ١٥٧ ص ٢٤٧ ٢٤٨ ، السنهورى : بند٣٥٢ . أنور سلطان وجلال العدوى : بند ٤٠٣ وخاصة ٤٠٦ ص ٣٢٢ . محمد لبيب شنب ، ومجدى صبحى خليل بند ١٧٥ ص ٢٣٣ وما بعدها .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية : جـ ٤ ص ٩٥ .

(٢) انظر فى هذا : سليمان مرقس ، ومحمد على امام : بند ٢٠٧ ص ٣٦٢ . اسماعيل غانم ص ١٨٦ ، لبيب شنب : بند ١٥٨ . لبيب شنب ومجدى صبحى: بند ١٧٥ ص ٢٣٥ — ٢٣٦.

لمدى ما يحق للمشترى المطالبة به فى كل من هاتين الدعويين عنه فى دعوى الضمان .

وأخيراً ينبغى أن يراعى أن موقف المشرع المصرى فى ظل القانون القائم يختلف عنه فى ظل القانون السابق . ففى ظل القانون السابق كان للمشترى أن يرجع بالثمن ، وذلك استناداً إلى قواعد الاثراء نظراً لأنه بعد استحقاق المبيع ، يصير تحت يد البائع دون سبب (١) . أما فى ظل القانون الحالى ، فان المشترى لا يرجع بالثمن ولكن بقيمة المبيع طبقاً لما نصت عليه المادة ٤٤٣ مدنى ، وفارق بين الحالتين . فاذا كان رجوع المشترى فى ظل الحالة الأولى على أساس أن العقد غير موجود ، فانه فى ظل القانون القائم يرجع على أساس أن العقد قائم كما أبانت المذكرة الايضاحية ، حيث تقول إن «ضمان الاستحقاق بمعناه الدقيق لا يتصور قيامه الا مع قيام عقد البيع ، والمشترى فى رجوعه بالضمان على البائع انما يطلب منه تنفيذ التزامه بنقل ملكية المبيع» . ولما كان قد أصبح مستحيلا ، فان التنفيذ يتم بطريق التعويض. فأساس رجوع المشترى فى هذه الحالة بالتعويض هو المسئولية العقدية . أى أن القانون الحالى يتمشى فى هذا الصدد مع قواعد التنفيذ بمقابل .

ومن هذا نتبين أن الاتجاه الثانى يكشف عن وجود فارق جوهرى فى الرجوع بالضمان . ذلك أن المشترى لا يرجع بالثمن ، بل يرجع بقيمة المبيع . كما أنه فى ظل القانون الحالى يرجع طبقاً لأحكام التنفيذ بمقابل نظراً لقيام العقد ، وهو يرجع طبقاً للقواعد العامة التى لا تفرق بين حسن أو سوء نية الدائن . ولهذا يكون له أن يرجع ، طبقاً لدعوى الضمان ، بقيمة المبيع فضلا عن المبالغ الأخرى التى عددها المشرع . وهو يستطيع الرجوع بتلك المبالغ الأخيرة ولو كان سىء النية عند البيع ، يعلم سبب الاستحقاق .

(١) أنظر : الهلالى ، وحامد زكى : ط ٣ بند ٣٧١ ص ٣٧١ — ٣٧٢ .

وإذا كان للمشترى أن يرجع طبقاً لأحكام الضمان ، وبالمبالغ التى بينتها المادة ٤٤٣ مدنى ، فان له فضلا عن ذلك أن يرجع — كما ذكرت الفقرة الأخيرة من هذه المادة — على أساس فسخ البيع أو ابطاله . ومعنى هذا أنه يكون له ألا يطالب بتنفيذ الالتزام ، بل بفسخ البيع ، باعتبار أنه عقد ملزم للجانبين وقد أخل البائع بالتزامه ، أو يطالب بابطال البيع ، على أساس أنه بيع ملك الغير بعد أن ظهر أن المبيع مملوك لغير البائع . هذا هو ما ذكره المشرع ، وما صرحت به المذكرة الايضاحية (١) . فرجوع المشترى على أساس الضمان لا يخل برجوعه على أساس الفسخ فى العقود الملزمة للجانبين ، أو على أساس بطلان بيع ملك الغير . وفى حالة المطالبة بالفسخ أو بالبطلان يترتب عليهما من الآثار ما تقرره القواعد العامة .

ويراعى فى هذا الصدد أن أنصار هذا الاتجاه الثانى إذا كانوا يرون أنه لا يفرق بين حسن أو سوء نية المشترى من حيث الرجوع بالمبالغ الأخرى غير الثمن ، الا أنهم يتحفظون لحالة ما إذا كان علم المشترى بسبب الاستحقاق يعتبر قرينة على أن البائع اشترط عدم الضمان ، مما يترتب عليه التزامه برد قيمة المبيع فقط ، دون سائر بنود التعويض الأخرى . وعدم الالتزام برد شيء سوى قيمة المبيع يقوم فى هذه الحالة على افتراض وجود اتفاق ضمنى بعدم الضمان . ولهذا إذا ثبت ، رغم سوء نية المشترى ، ان ارادة المتعاقدين لم تتجه إلى اشتراط عدم الضمان ، وجب تقرير حق المشترى فى اقتضاء جميع التعويض ، رغم علمه بسبب الاستحقاق (٢) .

المبحث الثالث

النظر فى الحلول السابقة ، وضرورة توحيد الاسس التى يرجع المشترى بمقتضاها

٣٥- اختلاف الاسس التى تقوم عليها تلك الحلول وصعوبة التوفيق بينها :
عرضنا فيما سبق للحلول التى قيل بها فى ظل كل من القانونين

---

(١) أنظر مجموعة الأعمال التحضيرية ﺣ ٤ ص ٩٧ .

(٢) مرقس وامام : المرجع السابق بند ٢٠٧ ص ٣٦٣ ، وبند ٢١٩ ص ٣٧٥ — ٣٧٦ .

الفرنسي والمصرى . ويمكننا أن نتبين من خلال تلك الحلول أن هناك اتجاهين أساسيين : أحدهما يجعل للمشترى الرجوع بالثمن فى حالة الاستحقاق الكلى للمبيع ، ولا يخول له حقاً فى المبالغ الأخرى الا إذا كان حسن النية لا يعلم عند البيع سبب الاستحقاق الذى يتعرض له ، وأن هذا الحل يستند إلى ما أورده المشرع بشأن بيع ملك الغير . أما الحل الآخر ، وهو الحل السائد فى ظل القانون المصرى القائم ، فانه يجعل للمشترى فى حالة الاستحقاق الكلى الرجوع بقيمة المبيع وقت الاستحقاق ، كما يجعل له فضلا عن ذلك الرجوع بالمبالغ الأخرى التى نص عليها القانون فى هذا الصدد ، وهى علاوة على الفوائد القانونية من وقت الاستحقاق — قيمة الثمار التى ألزم المشترى بردها لمن استحق المبيع ، والمصروفات التى بينتها التى المادة ٤٤٣ فى فقرتيها الثالثة والرابعة ، وبوجه عام بالتعويض عما لحق المشترى من خسارة وما فاته من كسب بسبب استحقاق المبيع . ويكون للمشترى الرجوع بالمبالغ المذكورة ، بصرف النظر عما إذا كان حسن النية أم سيء النية ، أى بصرف النظر عما إذا كان يعلم عند البيع سبب الاستحقاق أو لا يعلم ذلك . أى أن للمشترى فى حالة الاستحقاق الرجوع بالمبالغ التى تقضى بها المادة ٤٤٣ مدنى مصرى ، وذلك طبقاً لهذا الرأى السائد فى مصر الآن منذ صدور القانون المدنى الحالى . وهذا الاتجاه الثانى يستند إلى فكرة تنفيذ العقد بمقابل أو عن طريق التعويض ، ويجعل أساس حق المشترى فى الرجوع هو المسئولية العقدية ، باعتبار أن العقد قائم ، وأن تنفيذه يتم بطريق التعويض . وهذا هو ما اتخذه المشرع المصرى فى المادة ٤٤٣ بالنسبة لرجوع المشترى على البائع فى حالة الاستحقاق الكلى . وبذلك يختلف أساس الرجوع فى هذه الحالة عنه بالنسبة للاتجاه الأول .

والواقع أنه قد يكون من العسير التوفيق بين هذين الاتجاهين المتعارضين حيث يقوم أحدهما على أساس زوال العقد ، ويقوم الآخر على أساس تنفيذه . ويزيد الأمر صعوبة ان كلا من الاتجاهين يتمشى مع منطق الأساس الذى يقوم عليه ، ويرتب نتائج منسجمة متكاملة فى جملتها ، خاصة من

حيث مدى ما يرجع به المشترى فى كل من الحالتين. كما أن كلا من الاتجاهين يتمشى مع القواعد العامة ، ومع ما يقضى به المشرع فى هذا الصدد .

فطبقاً للقواعد العامة إذا لم يقم أحد المتعاقدين بالوفاء بالتزامه فى عقد ملزم للجانبين ، كان للمتعاقد الآخر أن يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه ، مع التعويض فى الحالتين ان كان له مقتض (مادة ١/١٥٧) . وفى حالة المطالبة بالتنفيذ ، فانه إذا «استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عيناً ، حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه ..» (مادة ٢١٥) . وعلى ذلك فان عدم تنفيذ الالتزام الذى يفرضه العقد الملزم للجانبين يجعل للدائن الفسخ باعتباره جزاء على عدم تنفيذ المدين لالتزامه ، كما نخول له كذلك ألا يلجأ إلى هذا السبيل ويطالب بتنفيذ العقد عن طريق التعويض ، وهذه هى المسئولية العقدية (١) . ولما كان البيع من العقود الملزمة للجانبين ، فانه إذا لم يقم البائع بتنفيذ التزامه بالضمان ، واستحق المبيع للغير ، يكون للمشترى أن يطالب بتنفيذ العقد عن طريق التعويض ، كما يكون له كذلك أن يطالب بالفسخ لعدم قيام الطرف الآخر بتنفيذ التزامه .

وقد آثر المشرع عند وضع المادة ٤٤٣ من القانون المدنى الحل الأول الذى يقضى بالتنفيذ عن طريق التعويض ، ويتحدد رجوعه بذلك على أساس المسئولية العقدية . وهذا ما بينته المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد (١) .

وإذا كان للمشترى أن يطالب بالتنفيذ العينى أو الفسخ ، طبقاً للقواعد العامة ، فان المشرع قد بين مع ذلك أن رجوعه على البائع طبقاً لاحكام الضمان ، والتى تقوم على أساس التنفيذ بطريق التعويض طبقاً لما آثره المشرع كما بينت المذكرة الايضاحية على ما قدمنا ، لا يمنع من رجوعه

---

(١) أنظر السنهورى : الوسيط ج ١ ط ٢ بند ٤٦٢ ص ٧٨٢ .

(٢) أنظر مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٩٥ .

على أساس الفسخ ، أو الابطال استناداً إلى بيع ملك الغير (١) وقد نصت العبارة الأخيرة من المادة ٤٤٣ على هذا بقولها : «كل هذا ما لم يكن رجوع المشترى مبنياً على المطالبة بفسخ البيع أو ابطاله» .

ومن هذا يتضح أن رجوع المشترى قد يكون على أساس التنفيذ بطريق التعويض ، كما قد يكون على أساس الفسخ أو الابطال استناداً إلى بيع ملك الغير . وفى هاتين الحالتين الاخيرتين يزول العقد، ولهذا يكون رجوع المشترى بالتعويض على أساس المسئولية التقصيرية لا العقدية ، نظراً لزوال العقد (٢). وفى هاتين الحالتين كذلك يكون للمشترى أن يسترد ثمن المبيع لا قيمته وقت الاستحقاق كما فى حالة الرجوع بدعوى الضمان ، وذلك لأن هذا الثمن يصبح بين يدى البائع دون سبب ، فيكون للمشترى دعوى استرداد غير المستحق (٣) .

على أنه إذا كان للمشترى — من الناحية العملية — أن يختار بين تلك الدعاوى باعتبارها على قدم المساواة ، فانه مقيد من ناحية توافر شروط كل منها . فاذا لم تتوافر هذه الشروط بالنسبة لاحدها ، تعين الالتجاء إلى السبيل الآخر . وفى حالة المطالبة بالفسخ أو بالبطلان يترتب عليهما من الآثار ما تقرره القواعد العامة (٤) . ومن الطبيعى أن يختار المشترى من

---

(١) وقد جاء فى مذكرة المشروع التمهيدى للمادة ٤٤٣ من القانون الحالى (مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٤ ص ٩٧) أن الالتجاء إلى التنفيذ بطريق التعويض «لا يمنع المشترى من سلوك سبيل آخر ، فلا يطالب بتنفيذ الالتزام ، بل يطالب بفسخ البيع ، على أساس أنه عقد ملزم للجانبين وقد أخل البائع بالتزامه ، أو يطالب بابطال البيع على أساس أنه بيع ملك الغير بعد أن ظهر أن المبيع مملوك لغير البائع» .

(٢) وان كان يراعى أن من الفقهاء من يرى أن أساس المسئولية فى حالة ابطال بيع ملك الغير هو نظرية الخطأ عند تكوين العقد . أنظر : السنهورى عقد البيع بند ١٦٢ ص ٢٩٢ — ٢٩٣. وأنظر مذكرة المشروع التمهيدى على المادة ٤٦٨ بشأن بيع ملك الغير فى مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٤ ص ١٩٣ خامساً.

(٣) ذلك أنه يترتب على الفسخ والبطلان اعادة الحال إلى ما كان عليه ، وتبعاً لذلك يسترد المشترى الثمن ، مع التعويض فى حالة بيع ملك الغير إذا كان هذا المشترى حسن النية .

(٤) مذكرة المشروع التمهيدى للمادة ٤٤٣ من القانون الحالى : مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٤ ص ٩٧ .

بين تلك الدعاوى ما هو أيسر عليه من حيث أوجه التقاضى والاثبات ، وما فيه مصلحته . فاذا كانت قيمة المبيع قد نقصت مثلا ، فلا يلجأ إلى الضمان بل إلى الفسخ أو الابطال حتى يسترد الثمن . وإذا كان يعلم عند البيع سبب الاستحقاق ، فلا يلجأ إلى الابطال استناداً إلى بيع ملك الغير ، حتى لا يحرم من الرجوع بالتعويض على الرأى السائد فى ظل القانون المصرى الآن (١) . وبذلك نجد أن ما يرجع به المشترى يختلف بحسب الطريق الذى يختاره ، مع أن الأمر قد يكون واحداً فى هذه الحالة ، وهو ظهور أن المبيع كان مملوكاً لغير البائع . ولا شك أن هذا الاختلاف فى المعاملة بالنسبة للوضع الواحد يدعو إلى ضرورة إعادة النظر فى الأسس التى يرجع المشترى بمقتضاها إذا ما استحق المبيع للغير .

٣٦ – ضرورة توحيد أسس رجوع المشترى وترجيح فكرة انقضاء العقد

مما سبق يتضح لنا ما هنالك من تناقض واختلاف فى المعاملة بالنسبة لموقف المشترى إذا ما لجأ إلى دعوى الضمان أو إذا ما لجأ إلى فسخ العقد أو ابطاله . ذلك أنه إذا ما لجأ إلى السبيل الأول كان له أن يطالب بقيمة المبيع وقت الاستحقاق فضلا عن المبالغ الأخرى التى بينها القانون فى المادة ٤٤٣ مدنى . وإذا ما لجأ إلى طلب الفسخ أو الابطال كان له أن يسترد الثمن فقط ، بصرف النظر عن قيمة المبيع ، كما يكون له أن يطلب التعويض عندما يلجأ إلى طلب الفسخ (٢) ، ويحرم من هذا التعويض إذا ما طلب الابطال وكان سىء النية يعلم سبب الاستحقاق وقت العقد . وكل هذا يكشف عن اختلاف مدى ما يرجع به المشترى بحسب الدعوى التى يختار رفعها ، مما يقتضى أعادة النظر فى هذا الوضع المتناقض ، حيث تعطى حلول مختلفة للموقف الواحد .

---

(١) ويستند هذا الرأى إلى أن المادة ٤٤٣ لا تفرق بين حسن أو سوء نية المشترى للرجوع بالتعويض ، وإلى أن القواعد العامة فى المسئولية لا تفرق كذلك .

(٢) ففى حالة طلب الفسخ يكون له أن يطالب بالتعويض إذا كان له مقتض . هذا هو ما يقضى به القانون طبقاً للقواعد العامة (أنظر المادة ١٥٧/١ مدنى) . وانظر مع ذلك ما جاء فى مذكرة المشروع التمهيدى بصدد نص المادة ٤٦٨ من القانون الحالى من أنه إذا اختار المشترى الفسخ فليس له أن يطالب البائع حسن النية بتعويض يستطيع أن يطالب به لو اختار ابطال العقد » (الأعمال التحضيرية جـ ٤ ص ١٩٤) .

وإذا أردنا أن نحدد موقف المشترى فى هذا الصدد ، فان الأمر لا يخرج عن أحد وضعين : أما أنه يطلب تنفيذ العقد ، وهذا هو الحل الذى اختاره المشرع المصرى فى المادة ٤٤٣ ، واما أن يستعمل حقه على أساس إنهاء العقد أوزواله ، ويكون ذلك عن طريق الالتجاء إلى الفسخ ، أو إلى الابطال استناداً إلى بيع ملك الغير . ولكى يمكن ازالة التناقض بالنسبة لوضع المشترى هنا ينبغى أن نوحد الحكم فى هاتين الحالتين . ولا شك أنه لا يمكن اعمال الحكم الأول الذى يقوم على أساس النظر إلى الابقاء على العقد عن طريق تنفيذه بطريق التعويض وذلك بمد هذا الحكم إلى حالتى الفسخ والابطال بسبب بيع ملك الغير ، إذ العقد يزول بالضرورة فى هاتين الحالتين ، ولا يمكن القول بتنفيذه عن طريق التعويض . ولهذا نستبعد هذا الفرض . فلا يمكن مد حكم المادة ٤٤٣ إلى حالات الفسخ بسبب عدم قيام البائع بتنفيذه التزامه بنقل الملكية ، أو الابطال بسبب بيع ملك الغير . ولكن الفرض العكسى جائز ، بمعنى أنه يصح أن نمد حكم انقضاء العقد فى حالتى الفسخ أو الابطال إلى حالة استحقاق المبيع للغير ، فمن الجائز أن نقرر أن العقد يزول فى حالة استحقاق المبيع ، كما يزول فى حالة ثبوت أن البائع باع ملك غيره ، أو فى حالة طلب الفسخ لعدم تنفيذ البائع لالتزامه بنقل الملكية . وبهذا يمكن التوفيق بين قواعد الضمان والقواعد الأخرى المتعلقة بالفسخ أو الابطال ، خاصة وأن الاستحقاق الكلى للمبيع يقوم أساساً على أن المبيع قد ظهر أنه غير مملوك للبائع ، سواء كان هذا ابتداء حال قيام العقد ، وهذه هى الصورة الغالبة (١) ، أم بفعل لاحق على البيع وناشىء من البائع ، كما إذا قام ببيع الشىء مرة أخرى قبل انتقال الملكية إلى المشترى الأول ،

---

(١) مما دعا الفقه إلى القول بأن الاستحقاق الكلى هو بيع لملك الغير ، وهو ما ذكرته المذكرة الايضاحية بصدد المادة ٤٦٨ من القانون الحالى حين قالت : «وتلاحظ الصلة الوثيقة بين بيع ملك الغير وضمان الاستحقاق ، فان الاستحقاق ، إذا كان كلياً ، كان هذا هو بيع ملك الغير ، إذ يكون قد اتضح أن البائع قد باع شيئاً مملوكاً لاجنبى . ولذلك تكون أحكام ضمان الاستحقاق مكملة لأحكام بيع ملك الغير» (الأعمال التحضيرية جـ ٤ ص ١٩٤) .

أو إذا كان المبيع مرهوناً ولم يقم البائع بسداد الدين فنزعت ملكية المبيع بناء على طلب الدائنين المرتهنين .

وبهذا نجد أنه فى حالة استحقاق المبيع يمكن أن تطبق الجزاءات الأخرى التى تقوم على أساس فكرة انتهاء العقد سواء بسبب الفسخ أم بسبب الابطال. وبعبارة أخرى يمكن القول بتعميم الحكم المعمول به فى حالة انتهاء العقد على هذا النحو ، ومده إلى حالة استحقاق المبيع استحقاقاً كلياً . وبذلك يمكن التوفيق بين هذه الحالات ، ورفع ما قد يكون هنالك من تناقض فيما ترتبه الجزاءات المختلفة من نتائج ، وذلك عن طريق تغليب فكرة زوال العقد لا تنفيذه .

وقد أثار البعض من الفقهاء فى فرنسا فكرة الصراع بين بقاء العقد وزواله بصدد الكلام عن ضمان الاستحقاق . ذلك أن العقد قد يبقى فى حالة ما إذا تم تنفيذه بمقابل أو عن طريق التعويض (١) ، ولكنه من ناحية أخرى قد يزول بسبب الفسخ أو الابطال ، إذا ما رغب المشترى فى ذلك . هاتان الفكرتان المتعارضتان المتضاربتان هما اللتان تسيطران على موضوع ضمان الاستحقاق ، الذى نعرض له ، وهما اللتان يقع الخلط بينهما عند النظر فى أساس الضمان (٢) . ويحبذ هؤلاء الفقهاء فكرة زوال العقد ، ذلك أن ما يحصل من حيث الواقع هو أن العقد يختفى أو يزول ، ويرد المتعاقدان إلى وضعهما السابق ، إذ أننا نوجد أمام عاقدين لم ينفذ أحدهما التزامه فى عقد ملزم للجانبين . وطبقاً للقواعد العامة يكون للطرف الآخر

---

(١) وهو ما يأخذ به المشرع المصرى فى المادة ٤٤٣ مدنى .

(٢) وقد أبانت المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى بشأن المادة ٤٤٣ من القانون المدنى الحالى من ذلك فقالت : «يخلط التقنين الحالى ، كما تخلط كثير من التقنينات الأجنبية ، فى هذه المسألة بين الآثار التى تترتب على فسخ البيع وتلك التى تترتب على التنفيذ بطريق التعويض . من ذلك أن المادتين ٣٠٤/٣٧٨ و ٣٠٦/٣٨٠ من التقنين الحالى ترتبان أثر الفسخ ، ولكن المادتين ٣٠٥/٣٧٩ و ٣٠٧/٣٨١ ترتبان أثر التنفيذ . وكان الأولى عدم الخلط بين هذه الآثار وتلك ، على أن يختار المشترى لنفسه الطريق الأصلح» .

أن يطالب الفسخ نظراً لاستحقاق المبيع من الغير . وهذا يعنى عدم تنفيذ العقد ، أى زواله . «وليس من المنطقى أن عقداً من العقود التى تزول ينفذ فى الوقت ذاته ، حتى ولو كان ذلك التنفيذ عن طريق التعويض ، أو بمقابل » (١) . فمن الناحية الواقعية ينقضى البيع بأثر رجعى ، ولهذا فان ما تم من أداءات تنفيذاً للعقد ، ينبغى أن يرد ، كما هو الشأن فى حالة ما إذا أبطل العقد أو فسخ (٢) .

٣٧ - اتفاق الحل السابق مع الحل السائد فى ظل القانون الفرنسى : قدمنا فيما سبق أن الاتجاه السائد الآن فى ظل القانون الفرنسى لا يجعل رجوع المشترى على البائع فى حالة الاستحقاق الكلى على أساس قيام العقد ، ولكنه يجعله على أساس انقضائه . فالبائع الذى لا ينقل إلى المشترى ملكية المبيع يتخلف عن أداء التزامه ، مما يخول للمشترى طلب الفسخ . ولهذا فان الرجوع يكون بدعوى استرداد ، لا على أساس التعويض .

وقد أخذ واضعو القانون الفرنسى فى هذا برأى الفقه القديم الذى قال به «بوتييه» و «دمولان» ، اللذان يخولان للمشترى استرداد الثمن بدعوى المطالبة بما حصل عليه دون سبب . ذلك أن المشترى قد أوفى به تنفيذاً لبيع لم يؤد إلى انتقال الملكية اليه ، فهو لم يلتزم بدفعه، أو لم يدفعه الا بقصد اكتساب ملكية المبيع . ولهذا إذا لم يحصل على هذه الملكية يكون قد دفع

---

(١) Gross : المرجع السابق بند ٣٣٩ ص ٣٢٣ . وقد جاء فيه ما نصه :

« ... il ne parait pas logique qu'un contrat qui disparait soit en même temps exécuté,même par équivalent ».

(٢) Mazeaud : دروس فى القانون المدنى جـ ٣ ، المرجع السابق بند ٩٦٦ ص ٨٢١ . ونص ما قاله :

« La vente, se trouve, en effet, retroactivement anéantie; les prestations faites en exécution du contrat doivent être restituées, comme dans le cas où le cntrat est annulé ou résolu.

ويقول الأستاذ لوران Laurent: المرجع السابق بند ٢٣٤ : ان القضاء الفرنسى يقرر ان الضمان أثر الفسخ ، وذلك باعادة الحال إلى ما كان ، كما لو أن البيع لم ينعقد .و انظر كذلك موسوعة دالوز تحت «بيع» رقم ١٤٦٤ .

ما لا يجب ، فله استرداده . ولما كان الاسترداد ليس على أساس التعويض ، بل على أساس رد ما دفع دون حق فان له ن يسترد الثمن كاملا ، حتى ولو كانت قيمة المبيع وقت الاستحقاق أقل من الثمن (١) .

٣٨ - اتفاق هذا الحل كذلك مع ما تاخذ به الشريعة الاسلامية :
ويتفق الاتجاه الذى نقول به كأساس للرجوع فى حالة الاستحقاق الكلى للمبيع ، مع ما تقضى به الشريعة الاسلامية . إذ يؤخذ مما ورد فى هذا الصدد أن رجوع المشترى يكون على أساس انتهاء العقد ، لا على أساس تنفيذه بطريق التعويض . ويستفاد ذلك من اعطائه الحق فى استرداد الثمن فقط ، سواء زادت قيمة المبيع عن هذا الثمن أم نقصت .

فقد نصت المادة ٤٩١ من مرشد الحيران على أن «البائع ضامن للمبيع بثمنه عند استحقاقه للغير ، ولو لم يشترط الضمان فى العقد . وللمشترى أن يسترد الثمن بتمامه ، ولو نقصت قيمة المبيع بعد البيع بأى سبب كان (٢) .

---

(١) وهذا ما تصرح به المادة ١٦٣١ فرنسى ، أيا كان سبب هذا النقص . أنظر فى هذا : Baudry et Saignat : المرجع السابق بند ٣٧٠ و ٣٧٣ . Aubry et Rau : بند ٣٥٥ هامش ٣٠ Laurent بند ٢٣٤ . ويضيف هذا الأخير أن القانون يتفق فى هذا الصدد مع العدالة ، إذ العدالة تقضى بألا يثرى أحد على حساب الغير . ولهذا فانه مما يتنافى مع العدالة أن يحتفظ البائع بالثمن أو بأى جزء منه دون سبب (أنظر ص ٢٣٤ من هذا المرجع والمراجع الواردة فى هامش ١ ومنها «بوتييه» فى البيع بند ٦٩ . وانظر كذلك : موسوعة دالوز تحت «بيع» رقم ١٤٦٧ . وإذا كان للمشترى أن يسترد الثمن كاملا ، حتى ولو لم يكن له حق فى التعويض ، فلا يكون له أن يسترد أكثر مما دفع .

(٢) فقد نصت المادة ٥١٢ من مرشد الحيران على أنه «إذا استحق المبيع على المشترى بالبينة ، فله استرداد الثمن بتمامه من البائع ، ولو نقصت قيمة المبيع بعد البيع بأى سبب كان» .

وجاء فى «جامع الفصولين (الجزء الأول ط ١ بالمطبعة الأزهرية سنة ٣٠٠) فى باب الاستحقاق ص ٢١٩ ما يأتى : «شرى بيتا ذا سقفين وقبضه ، فخرب السقف الأعلى ثم استحق الأسفل يرجع بحصة الأسفل لا بحصة الأعلى وان لم يذكر البناء فى الشراء لأن البناء وان كان تبعاً لكن لما قبض صار مقصوداً وصار له حصة من الثمن . ولو استحق الأعلى والأسفل بعد التخريب فالمستحق يضمنه قيمة المنقوض ويرجع المشترى على بائعه بكل الثمن» .

ومن ناحية أخرى إذا زادت قيمة المبيع عن الثمن لا يكون له الا الثمن فقط (١) .

وإذا ما استحق المبيع ، فان البيع لا ينفسخ ، ولا يكون للمشترى نقضه بمجرد الاستحقاق دون قضاء و دون رضا البائع (٢) . ولكى ينفسخ البيع لابد من رجوع المشترى على بائعه بثمنه . فاذا رجع ينفسخ (٣) . ويبدو أنه يلزم أن يكون هذا الرجوع عن طريق القضاء . فالعقد «فى الاستحقاق الناقل لا ينفسخ بالاستحقاق ، ما لم يقض القاضى بفسخه ، أو يقض للمشترى بالرجوع على بائعة بالثمن . وأما قبل ذلك فلا ينفسخ ، بل يكون موقوفاً على إجازة المستحق .. » (٤) .

هذا وقد اختلف فيما إذا كان استحقاق المبيع يوجب توقف العقد على الاجازة لا نقضه . فقد جاء فى هذا الصدد أن استحقاق المبيع يوجب توقف العقد السابق على اجازة المستحق ولا يوجب نقضه وفسخه فى ظاهر الرواية .

---

(١) المادة ٥١٣ من مرشد الحيران ، وقد أشار إلى أن هذا قد جاء فى «الخيرية» من أوائل باب الاستحقاق ص ٢٢٣ .

(٢) الفتاوى الانقروية جـ ٢ ص ١٨١ . جامع الفصولين جـ ١ ص ٢٠٨ — ٢٠٩ . فقد جاء فى هذا الصدد : «ولو استحق فأراد المشترى نقض البيع بلا قضاء ولا رضا البائع ، لا يملكه » . وجاء فى الفتاوى (آخر ص ١٨٠) «الصحيح أن البياعات لا تنفسخ بالاستحقاق ما لم يرجع كل واحد على بائعه بقضاء» .

(٣) وهذا هو الصحيح على ما جاء فى الفتاوى الانقروية جـ ٢ ص ١٨٠ وفى جامع الفصولين جـ ١ ص ٢٠٨ . فقد جاء عن البيع متى ينفسخ : «قيل إذا قبض المستحق ، وقيل بنفس الحكم . والصحيح أنه لا ينفسخ ما لم يرجع المشترى على بائعه بثمنه . فاذا رجع ينفسخ ، حتى لو أجاز المستحق بعد ما قبضه قبل أن يرجع المشترى على بائعه يصح » .

وجاء فى جامع الفصولين (جـ ١ ص ٢١٣ بالحاشية) «...ان الإستحقاق وان صح لا يوجب فسخ العقد بل هو باق ، حتى لو أجاز المستحق بعد ما قبضه قبل أن يرجع المشترى على بائعه يصح . وفى ظاهر الرواية لا ينفسخ ما لم يفسخ وهو الأصح» . أنظر ما جاء فى بقية الحاشية المشار اليها .

(٤) أنظر المادة ٤٩٨ من مرشد الحيران ، وانظر كذلك المادة ٤٩٧ التى تميز بين الاستحقاق المبطل للملك والناقل له .

وعن أبي حنيفة أن الخصومة بطلب الحكم من القاضي دليل نقض العقد فينتقض به العقد ، كما ينتقض بصريح النقض حتى لا تعمل فيه إجازة المستحق بعد ذلك .

وعن أبي يوسف رواية أخرى أن المستحق إذا قال عند الخصومة أنا أقيم البينة لأجيز العقد فحكم له لا ينتقض العقد وتعمل اجازته ، وان لم يقل ذلك لا تعمل اجازته .

وفي ظاهر الرواية أنه ليس شيء من ذلك دليل النقض ، وإذا أجاز المستحق البيع وعملت إجازته،كان الثمن للمستحق ولكن البائع يقبضه ويدفعه للمستحق (١) ؛

نخلص مما سبق إلى أن الشريعة الاسلامية تجعل للمشترى الرجوع على البائع بالثمن لا بقيمة المبيع ، ويكون له ذلك بصرف النظر عما قد يحدث في المبيع من زيادة أو نقص . وفي هذه الحالة ينقضي العقد إما عن طريق التراضي أو التقاضي ، فلا ينفسخ العقد من مجرد الاستحقاق . إذ قد يجيز المستحق العقد .

٣٩ – حكم علم المشتري بسبب الاستحقاق عند الرجوع على البائع في ظل الشريعة الاسلامية: يؤخذ مما جاءت به الشريعة الاسلامية في هذا الصدد أن علم المشترى بكون المبيع ليس ملكاً للبائع لا يمنع من رجوعه بالثمن على البائع عند استحقاق المبيع (٢) . وقد ورد في هذا الصدد أنه إذا اشترى شيئاً من رجل يعلم أنه ليس ملكاً له بل لغيره ، فبعد ما استحق

---

(١) أنظر في هذا : جامع الفصولين جـ ١ من أول الفصل السابع عشر ص ٢٢٦ . وانظر كذلك التعليق الوارد في حاشية ص ٢٠٨ . ثم انظر في أن بيع ملك الغير ينعقد موقوفاً : عبد الرزاق حسن فرج : نظرية العقد الموقوف في الفقه الاسلامي (دراسة مقارنة)، القاهرة سنة ١٩٦٨ ص ١١٩ وما بعدها .

(٢) المادة ٤٩٤ من مرشد الحيران (نقلها في الدر من أواخر الاستحقاق ص ٩٩) .

ذلك الغير ، وأخذ المشترى من يد المشترىَ ، يرجع المشترى على البائع . ولا يمنع علمه بالاستحقاق صحة رجوعه (١) .

هذا من ناحية أثر العلم بسبب الاستحقاق على الرجوع بالثمن . أما من ناحية المبالغ الأخرى التى قد تستحق للمشترى إلى جانب الثمن ، فيبدو أن للعلم بسبب الاستحقاق أثره بالنسبة لتلك المبالغ ، فلا تسوى الشريعة بين المشترى الذى يعلم بسبب الاستحقاق ، والمشترى الذى يجهل هذا السبب . أى لا تسوى بين حالة حسن أو سوء نية المشترى عند الرجوع بتلك المبالغ . فاذا كان يعلم سبب الاستحقاق لا يكون له حق فى المبالغ الأخرى غير الثمن . إذ جاء فى «الفتاوى الانقروية» : «اشترى داراً وهو يعلم أن البائع غاصبها ، باعها بلا اذن المالك ، وبنى فيها ، ثم استحقت بوجه شرعي ، لا يرجع بقيمة البناء على البائع لأنه مغتر لا مغرور (٢) .

ولو عرف المشترى أن الدار لغير البائع ، ولم يدع البائع الوكالة ، فبنى ، فاستحقت لم يكن مغروراً . ولو لم يعلم أنه يبيع بأمره ، ولكن البائع قال إنه أمرنى ببيعها ، فشراها ، فبنى ، ثم استحقها مالكه وأنكر الأمر بالبيع ، فالمشترى يرجع على بائعه بالثمن وبقيمة بنائه لتحقق الغرور» (٣) .

---

(١) الفتاوى الانقروية ج ٢ ص ١٧٧ من أول باب الاستحقاق بالحاشية رقم ٣ . وانظر أيضاً ما جاء فى جامع الفصولين ج ١ ص ٢١٠ . وقد جاء فى هذا المرجع الأخير كذلك : «شراه عالماً بأنه ليس لبائعه ، ثم استحق ، يرجع بثمنه . ولو برهن بائعه أن المشترى أقر بعد الشراء أنه للمستحق لا يبطل حق رجوعه بثمنه» .

(٢) الفتاوى الانقروة ج ٢ ص ١٨٩ وقد أشار إلى البزازية فى السادس عشر من الدعوى.

(٣) الفتاوى الانقروية ج ٢ ص ١٨٩ . جامع الفصولين ج ١ ص ٢١٨ .

وقد ورد فى هذا الصدد ، فى الموضع المذكور من المرجعين السابقين ، مثل آخر : «لو اشترى أمة ممن يقول أمرنى مالكها ببيعها ، فأولدها المشترى. ثم أنكر مالكهما الأمر بالبيع ،فالولد حر بقيمته ، ويرجع المشترى بالثمن والقيمة على بائعه» . ومن الواضح أن المشترى يرجع هنا بالثمن ثم بقيمة الولد لأنه كان يجهل عند البيع أن المبيع (الأمة) كان مملوكاً لغير البائع . وذلك على خلاف حالة ما إذا «شرى أمة غصبت ، وهو يعلم أن بائعة غاصب ، فأولدها فولدها رقيق لعدم الغرور ولعلمه» (جامع الفصولين ج ١ ص ٢١٠) . ولكن هذا العلم لا يمنع من الرجوع بالثمن على البائع .

ثم انظر أيضاً ما يكون للمشترى أن يرجع به فى حالة احداث زيارات فى المبيع (الفتاوى الانقروية ج ٢ ص ١٨٨ فى آخر الصفحة . جامع الفصولين ج ١ ص ٢١٧) .

المبحث الرابع

الاخذ بالحل السابق يقتضى تعديل النصوص القائمة

٤٠ - **هدف التعديل واسسه** : بينا فيما سبق أن وضع النصوص القائمة ، الذى أثار الخلاف بين الفقهاء ، يؤدى إلى حلول متناقضة متعارضة فى الموضوع الواحد . ولا شك فى أن حسن السياسة التشريعية يقتضى العمل على ازالة مثل هذا التناقض . وقد رأينا أن الاتجاه الذى يهدف إلى عدم تنفيذ العقد عن طريق التعويض فى حالة الاستحقاق الكلى ، ويأخذ بفكرة زوال العقد فى هذه الحالة ، يحقق التنسيق ويرفع التناقض الذى أشرنا اليه .

هذا الاتجاه يهدف إلى أمرين رئيسين : أولهما أن العقد ينقضى إذا ما استحق المبيع استحقاقاً كلياً . وتفريعاً على هذا الانقضاء يكون للمشترى أن يطالب البائع بالثمن فقط . وذلك على أساس أن هذا الثمن يصبر دون سبب بين يدى البائع ، فيكون للمشترى استرداده بدعوى دفع غير المستحق . وهذا هو ما يتجه اليه القانون الفرنسى والرأى السائد فى ظله ، سواء فى محيط الفقه أم القضاء ، كما تتجه اليه التشريعات الحديثة خاصة التشريعات العربية (١) ، هذا فضلا عن أنه هو الحل الذى تأخذ به الشريعة الاسلامية كما بينا .

وثانيهما : أنه عندما يراد الرجوع على البائع بالمبالغ الأخرى ، أو التعويضات بصفة عامة ، غير الثمن، ينبغى أن ينظر إلى حسن أو سوء نية المشترى وقت البيع ، ولا شك أن التنسيق بين أحكام الضمان فى هذا الصدد ، وبين أحكام بيع ملك الغير ، يقتضى أن يعمم الحكم الوارد فى صدد بيع ملك الغير بالنسبة لاستلزام حسن نية المشترى للرجوع بالتعويض ، عندما يحكم بابطال البيع . وقد رأينا أن الشريعة الاسلامية قد عالجت هذا الموضوع

---

(١) أنظر المادة ٤٣٣ من قانون الموجبات والعقود اللبنانى ، وانظر كذلك المادة ٥٥٤ عراقى .

وأدخلت علم المشترى بسبب الاستحقاق فى الاعتبار عند رجوعه بالمبالغ الأخرى التى قد تستحق له خلاف الثمن (١) .

٤١ – تحديد المبالغ التى يمكن الرجوع بها غير الثمن : ومع ذلك فانه بصدد تلك المبالغ الأخرى غير الثمن ، يثور الأمر حول مدى ما يكون للمشترى أن يرجع به إذا كان حسن النية ، يجهل عند البيع خطر الاستحقاق الذى يتعرض له . هل يشمل ذلك قيمة الثمار والمصروفات ، ثم ما قد يستحق من تعويض . أم يقتصر الأمر على هذا البند الأخير وهو التعويض ؟

سبق لنا التعرض لهذا الموضوع وبينا ان الفقه الفرنسى لا يتفق حوله وخاصة بالنسبة لنتائج المادة ١٥٩٩ مدنى المتعلقة ببيع ملك الغير . ويرجع ذلك إلى اختلافهم حول المعنى المقصود بكلمة تعويض (dommages-intérêts) ، خاصة وان المادة ١٥٩٩ لم تحدد مبلغ التعويض الذى يكون للمشترى أن يرجع به فى حالة شراء ملك الغير ، كما لم تحدد كيفية احتسابه . ولهذا قيل بمد أحكام الضمان فى هذا الصدد إلى بيع ملك الغير باعتبار أنه الأمر لا يعدو أن يكون ضماناً سابقاً لأوانه ، أى حتى ولو لم تحصل تعرض فعلا ، طالما ثبت أن المبيع مملوك للغير (٢) .

---

(١) أنظر ما قدمنا فى الفقرة السابقة . وانظر ما جاء فى جامع الفصولين (ج ١ ص ٢١٠) من أنه إذا اشترى من غاصب مع علمه بذلك ،ثم أنتج المبيع (المبيع جارية فولدت) ، يرجع بالثمن فقط . وذلك لأنه كان يعلم عند البيع بأنها ليست ملكاً للبائع . وانظر ما يقابل ذلك فى الفتاوى الانقروية (ج ٢ ص ١٨٦) بالنسبة للمغرور وهو من اشترى أمة على أنها ملك للبائع ثم ظهر أنها لغير البائع ، إذ يكون الولد حراً بالقيمة . أى يرجع بالثمن وبقيمة الولد فى هذه الحالة الأخيرة – أنظر ما قدمنا فى الهامش قبل السابق .

ومن هذا نتبين أن حسن نية المشترى تجعل له الحق – علاوة على الثمن – فى المطالبة بنتاجه . وقد أوردوا مثلا آخر فى هذا الصدد فى حالة ما إذا باع رجل فرساً أو غيرها من الحيوانات فقال هو ملكى ، فولدت عند المشترى ، ثم استحقت ، فالمستحق يأخذ المبيع مع أولاده . والمشترى يرجع على البائع بالثمن وقيمة الأولاد ، لأنه المغرور من جهة البائع فترجع العهدة اليه (الفتاوى الانقرويه ج ٢ ص ١٨٧ . جامع الفصولين ١ ص ٢١٨) .

(٢) أنظر : Beudant : المرجع السابق بند ١٠٨ ص ٧٦ .

Planiol-Ripert et Hamel المرجع السابق ج ١٠ بند ٤٩ ص ٥٣ .

ولكن الفقهاء قد اختلفوا حول مدى اعمال تلك الأحكام فى حالة بيع ملك الغير . ذلك أن المادة ١٦٣٠ مدنى فرنسى تقرر أنه يكون للمشترى فى حالة الاستحقاق الكلى أن يرجع : (١) بالثمن . (٢) بالثمار التى أجبر على ردها إلى المالك المستحق (٣) بالمصروفات ... المتعلقة بدعاوى الضمان ، (٤) ثم بالتعويضات ، ومصروفات العقد . وقد رأينا أن البعض منهم يقصر المقصود بالتعويضات ، التى لا يكون للمشترى سيء النية أن يرجع بها ، على البند الرابع فقط بحيث يستطيع المشترى ولو كان سيء النية أن يرجع بالثمن، وفضلا عن ذلك يرجع بالثمار والمصروفات طبقاً لما جاء فى البندين الثانى والثالث من هذه المادة (١) .

وقد كان لهذا الرأى صداه بالنسبة لبعض التشريعات الحديثة . من ذلك ما جاء فى المادة ٤٣٣ من قانون الموجبات والعقود اللبنانى ، إذ لم يستلزم هذا النص توافر حسن النية لدى المشترى الا بالنسبة لحالة المطالبة بالتعويض فقط ، دون المبالغ الأخرى . فقد بينت هذه المادة أن للمشترى أن يطالب : ١ — برد الثمن ، ٢ — بقيمة الثمار ، ٣ — بالمصاريف ، ٤ — ببدل العطل والضرر ، مع النظر بعين الاعتبار إلى قيمة تحسين الملك عند الاقتضاء وبمصاريف العقد ورسومه القانونية . ثم أضاف البند الأخير من هذه المادة : «على أنه لا يحق للمشترى أن يطالب ببدل العطل والضرر ، إذا كان عالماً وقت البيع بخطر الاستحقاق» . وقد وردت هذه العبارة متعلقة بالفقرة السابقة عليها ، وهى التى تتكلم عن حق المشترى فى المطالبة «ببدل العطل والضرر ..» ، فيقضى بأنه لا يحق للمشترى المطالبة به (بدل العطل والضرر) الا إذا كان حسن النية «وقت البيع» . ولا يفهم من ورود النص على هذا النحو أن حسن النية يجب أن يقوم فى الحالات الأخرى الواردة

---

(١) وان كان يراعى قصر تطبيق المادة ١٦٣٠ فقرة ثانيه المتعلقه بالثمار على حاله ما إذا كان المشترى حسن النية عند العقد ثم ساءت نيته بعدذلك . إذ طبقاً للقواعد المتعلقه باكتساب الثمار بحسن نيه يجب على المشترى أن يردها أو قيمتها من يوم أن ساءت نيته . فهذه هى الثمار التى يخوله نص الماده ٢/١٦٣٠ استردادها من البائع . أنظر فى هذا Beudant المرجع السابق بند ٢١٣ خاصه ص ١٦٥ — ١٦٦ . وكذلك بند ٢١٥ ص ١٧٠ .

فى الفقرات السابقة من المادة ، حتى يمكنه أن يرجع على البائع . وهذا بطبيعة الحال مع مراعاة ما يقضى به القانون بالنسبة للثمار بصفة خاصة (١) .

ومع ذلك فان الاتجاه السائد فى ظل القانون الفرنسى ، والذى تؤيده غالبية الفقهاء ، يرى أنه ليس للمشترى أن يسترد سوى الثمن فقط . أما المبالغ الأخرى التى نص عليها فى الفقرات الثانية والثالثة والرابعة من المادة ١٦٣٠ مدنى ، فانها تدخل بصفة عامة تحت التضمينات أو التعويضات (dommages-intérêts)،وأن ما جاء فى الفقرتين الثانية والثالثة — وهو ما يتعلق بالثمار ، والمصروفات — ليس الا تطبيقاً للفقرة الرابعة التى تتكلم عن التعويض . وبعبارة أخرى إن هذا الاتجاه السائد يفرق بين حق المشترى فى استرداد الثمن ، وحقه فى استرداد المبالغ الأخرى . ولكى يستحق تلك المبالغ الأخرى ، ينبغى أن يكون حسن النية وقت العقد ، أى يجهل سبب الاستحقاق الذى يتعرض له (٢) .

وفى اعتقادنا أنه لا ينبغى أن يسوى بين المشترى حسن النية والمشترى سىء النية . وأنه إذا كان المشترى سىء النية يعلم عند البيع بخطر الاستحقاق فانه ينبغى أن يقتصر حقه على استرداد الثمن فقط ، ما لم يكن قد اشترط عدم الضمان علاوة على ذلك طبقاً لما تقضى به المادة ٤٤٦ من القانون المدنى الحالى . أما إذا كان حسن النية ، يجهل عند البيع سبب الاستحقاق ، فان له الرجوع — علاوة على الثمن — بالتعويضات ، فيعوض عن كل ضرر

---

(١) أنظر فى هذا تفصيلا أكثر : مؤلفنا : عقد البيع فى القانون اللبنانى ، بيروت ١٩٦٨ بند ١٨٣ وخاصه ص ٣٨٨ والهامش و ص ٣٨٩ — و كذلك بند ١٨٤ .

(٢) أنظر فى هذا: Aubry et Rau : بند ٣٥٥ هامش ٣٢ Laurent بند ٢٤١ ص٢٤٠ Baudry et Saignat بند ٣٧٥. Josserand بند ١١٢ ص ٥٨٢ Planiol-Ripert et Hamel بند ١١٣ ص ١٢٣ . وانظر كذلك محكمة Colmar فى ١٩٥٠/١٠/٢٠ . (D. 1951. 69) . وقد جاء فيه أن المشترى سىء النية لا يكون له الإ الحصول على الثمن الذى أداه فقط ، دون أية تعويضات أخرى ، ثم انظر كذلك بالنسبة لاستلزام حسن النيه للحصول على المبالغ الأخرى : نقض تجارى فرنسى فى ١٩٥١/٢/٢٨ . Bull Cass. 1951. 2.64

حاق به من جراء عدم تنفيذ العقد . وفى هذا تنطبق القواعد العامة فى تحديد التعويض الواجب له نظراً لعدم قيام الطرف الآخر بالتنفيذ .

وإذا كان المشترى الذى يعلم أن المبيع مملوك للغير يحرم من الرجوع بالتعويض ، فان هذا الحكم يكشف – كما قيل – عن مبدأ قانونى عام ، يجب لذلك اعماله فى كل الحالات المماثلة ، كما هو الشأن فى حالة الاستحقاق الكلى . ومقتضى ذلك المبدأ العام أن كل متعاقد يعلم عند التعاقد حالة الأشياء لا يكون له أن يشكو بعد ذلك من ضرر تسبب له . وعلى ذلك إذا كان المشترى يعلم أن المبيع كان مهدداً بخطر الاستحقاق ، ثم تحقق هذا الخطر وترتب على ذلك أن حاق به ضرر يتجاوز الثمن الذى دفعه والذى ينبغى أن يرده البائع ، كان عليه أن يتحمل بذلك،إذ كان ينبغى أن يتوقع ذلك عندما أقدم على إبرام العقد . فهو لم يقع فى غلط بسبب ناشىء من البائع ، كما أن هذا الضرر لم ينزله به البائع له كذلك . ولهذا قيل ان العلم بخطر الاستحقاق يعادل شرط عدم الضمان . ولكنه هنا شرط ضمنى ، بدلاً من يكون صريحاً (١) . ومن هذا تبين أن المشترى إذا كان عالماً بخطر الاستحقاق لا يكون له سوى الثمن ، وما زاد على ذلك يدخل فى نطاق ما يفقده بسبب سوء نيته .

ويبدو أن المشرع يؤيد هذا النظر فى المادة ٤٤٦ . إذ تقضى هذه المادة أن المشترى يقيد حقه – حتى فيا سترداد «قيمة المبيع» ، متى كان يعلم وقت البيع سبب الاستحقاق » ، واتفق علاوة ، على ذلك ، على عدم الضمان . فهذا النص يكشف عن أنه بدون هذا الاتفاق على عدم الضمان ، يكون للمشترى سىء النية الذى يعلم سبب الاستحقاق ، أن يحصل على قيمة المبيع ،

---

(١) أنظر فى هذا : Pothier : عقد البيع بند ١٨٧ . وقد أشار اليه Laurent : بند ٢٥٩ ص ٢٥٨ . وانظر كذلك رسالة Gross المرجع السابق بند ٣٤١ .

ويراعى أن هذا الشرط الضمنى بعدم الضمان لا يزول أثره الا بشرط صريح بالضمان . فاذا كان المشترى يعلم خطر الاستحقاق ولكنه اشترط على البائع الضمان ، فانه يلزم أن يكون هذا الشرط بالضمان صريحاً .

أى أنه يحرم بذلك من التعويضات (١) . والواقع أنه إذا كان المشترى يعلم سبب الاستحقاق ، ثم اشترط علاوة على ذلك عدم الضمان ، فان لهذا أثره وهو استبعاد الرجوع بالثمن . فاذا لم يوجد هذا الشرط ، فلا يكون للمشترى الذى يعلم سبب الاستحقاق الا الرجوع بالثمن فقط .

٤٢ – موقف محكمة النقض : وبالاضافة إلى ما سبق،فانه يجب الاعتداد فى هذا الصدد بما استقر عليه قضاء محكمة النقض المصرية ، حتى فى ظل القانون المدنى الحالى ، من أنه إذا كان المشترى سىء النية يعلم عند البيع بخطر الاستحقاق ، فلا يكون له الرجوع بالتعويضات .

فاذا كان حسن النية واشترى على أن المبيع مملوك للبائع ، ثم تبين بعد ذلك عدم ملكية هذا البائع للمبيع ، فان هذا الأخير يكون ملزماً – فى حالة نزع ملكية هذا الشىء من المشترى – بالتضمينات ، وذلك علاوة على «ثمن» المبيع (قيمته فى ظل القانون الحالى) (٢) .

ويبدو أن المحكمة مستقرة على هذا ، حتى فى ظل القانون المدنى القائم ، ورغم اتجاه غالبية الفقه إلى القول بأن للمشترى أن يرجع بالثمن والتضمينات ، فى جميع الحالات . سواء كان حسن النية أم سىء النية . فقد جاء فى حكم حديث لها أن «الأصل أنه لا يجوز للمشترى عند حصول تعرض له فى

---

(١) أنظر ما قاله الأساتذة :Planiol-Ripert et Hamel (المرجع السابق ح ١٠ بند ١١٣ ص ١٢٣) فى هذا الصدد . حيث جاء أن المادة ١٦٢٩ (المقابلة للمادة ٤٤٦ مصرى) تعطى لنا فى هذا الصدد حجة رائعة ، ذلك أنها تحرم المشترى من الحق فى المطالبة بالثمن متى كان هذا المشترى الذى يعلم سبب الاستحقاق ، قد قبل شرط عدم الضمان فى عقد البيع . وعلى هذا فانه حتى بدون هذا الشرط ، فان المشترى يحرم من أية تعويضات ، وذلك من مجرد سوء نيته . انظر كذلك بند ١٢٤ من المؤلف نفسه ص ١٣٤ .

(٢) أنظر نقض فى ١٩ نوفبر ١٩٣١ فى مجموعة النقض فى ٢٥ سنة تحت «بيع» قاعدة ٧٨ وفى المحاماة س ١٢ رقم ١٥٩ ص ٢٩٦ . وكذلك حكمها فى ١٩٥١/٢/١ مجموعة النقض المذكورة قاعدة ٨٣ . وانظر كذلك حكمها فى ١٩٥٤/١/٢١ بالموضع ذاته قاعده ٨٨ (وان كان يبدو من وقائعه أنه كان مشترطاً عدم الرجوع الا فى حدود الثمن) .

الانتفاع بالمبيع أو عند استحقاق هذا المبيع ، أن يرجع على البائع بالتعويضات إذا كان المشترى يعلم وقت البيع بسبب التعرض أو الاستحقاق » (١) .

٤٣ ـ الأسس التى ينبغى أن يقوم عليها التعديل : من كل ما سبق يتضح لنا أنه ينبغى التدخل لوضع نص يعالج الأمر فى حالة الاستحقاق الكلى للمبيع . وقد قدمنا أن هذا النص ينبغى أن يقوم على أساس فكرة زوال العقد بصفة عامة . فلا يقوم على أساس بقاء العقد والتنفيذ بطريق التعويض كما هو الشأن بالنسبة لما يأخذ به القانون الحالى . وبذلك يكون للمشترى فى حالة الاستحقاق الرجوع بثمن المبيع ، لا بقيمته عند الاستحقاق (٢) .

كما ينبغى أن يفرق فى صدد هذا النص بين حسن وسوء نية المشترى ، أى بين علمه أو جهله وقت البيع بسبب الاستحقاق ، حتى ينسجم الحكم بذلك مع ما يقضى به المشرع فى حالة بيع ملك الغير . وينبغى أن يبين فى هذا الصدد أن المشترى لا يكون له الحق فى التعويضات الا إذا كان حسن النية وقت البيع ، يجهل سبب الاستحقاق . وبذلك ينصرف أثر حسن النية أو سوئها مباشرة إلى حالة استحقاق المبيع ، دون حاجة إلى محاولات لقياس حكم هذه الحالة على حالة بيع ملك الغير (٣) ، حتى تستقل بذلك أحكام الضمان،وحتى يقطع فى هذا الصدد ما يثور من خلاف فى محيط الفقه .

---

(١) نقض مدنى فى ٧ يولية ١٩٦٤ مجموعة المكتب الفنى س ١٥ قاعدة ١٤١ ص ٩٢٠ .

(٢) هذا مع مراعاة ما يقضى به القانون فى حالة اشتراط عدم الضمان إذا كان المشترى يعلم سبب الإستحقاق أو أنه اشترى ساقط الخيار طبقاً لما تقضى به المادة ٤٤٦ من القانون الحالى .

(٣) وهو ما فعله المشرع اللبنانى إذ نصت المادة ٤٣٣ موجبات على ضرورة حسن النية لاستحقاق التعويض (بدل العطل والضرر) . وهذا النص يأخذ بنفس الحكم الذى ورد فى حالة بيع ملك الغير ، حيث يستلزم المشرع فى المادة ٣٨٥ أن يكون من اشترى ملك الغير حسن النيه لكى يمكنه الرجوع بالتعويض (بدل العطل والضرر) على البائع .

(أنظر مؤلفنا : عقد البيع فى القانون اللبنانى ، بيروت ١٩٦٨ هامش ١ ص ٣٨٨) .

وإذا قيل بتطبيق فكرة حسن النية على النحو السابق ، لكى يتمشى النص مع حكم بيع ملك الغير ، فاننا بهذا نحقق التجانس بين صدر النص الذى يمكن وضعه ، وبين هذا الحكم ، إذ أن صدر النص كما قدمنا ينبغى أن يقوم على أساس فكرة زوال العقد ، وهو ما يتحقق كذلك فى حالة بيع ملك الغير ، إذ يبطل العقد ، وينقضى .

وبهذا نتجنب ما وقع فيه واضعوا مشروع القانون المدنى ، الذى قامت باعداده اللجنة المشكلة لمراجعة التشريعات المدنية (١) ، من تعارض فى هذا الصدد . فقد اقترحت هذه اللجنة (٢) تعديل المادة ٤٤٣ من القانون الحالى بنص يجرى على النحو التالى :

«إذا استحق كل المبيع كان للمشترى أن يطلب من البائع «قيمة المبيع» وقت الاستحقاق مع الفوائد القانونية من ذلك الوقت . وللمشترى ، إذا كان حسن النية ، أن يطلب بالاضافة إلى ذلك :

(ا) قيمة الثمار التى ألزم بردها إلى المستحق .

(ب) المصروفات النافعة التى لا يستطيع أن يلزم بها المستحق وكذلك المصروفات الكمالية إذا كان البائع سىء النية .

(ج) جميع مصروفات دعوى الضمان ودعوى الاستحقاق ، عدا ما كان يستطيع أن يتقيه منها لو أخطر البائع بالدعوى وفقاً للمادة ٤٤٠ .

(د) وبوجه خاص تعويضه عما لحقه من خسارة أو فاته من كسب بسبب استحقاق المبيع» .

---

(٢) وقد شكلت هذه اللجنة بقرار نائب رئيس الجمهورية للخدمات صادر فى سنة ١٩٦٢ .

(٣) أنظر محضر الاجتماع الثانى للجنة الثانية فى ١٩٦٢/٤/٣ حيث ورد النص المقترح ومذكرته الايضاحية . ثم انظر مناقشة هذا النص فى اللجنة العامة بمحضر الجلسة الخامسة بعد المائة فى ١٩٦٥/٦/١٢ فى صفحة ٦ وما بعدها .

ويلاحظ مبدئياً على هذا النص أنه إذا كان يخول للمشترى الرجوع «بقيمة المبيع» ، فانه يأخذ بما هو منصوص عليه فى القانون الحالى ، ويقوم على أن رجوع المشترى يكون على أساس قيام العقد ، أى على أساس التنفيذ بطريق التعويض . ومن جهة أخرى فان اعتداده بحسن النية للرجوع بالتعويضات التى نص عليها يتفق بصفة عامة مع فكرة أثر حسن النية على الرجوع بالتعويض فى حالة بيع ملك الغير . مع مراعاة أن بيع ملك الغير يقوم على أساس فكرة زوال العقد عن طريق البطلان . ولهذا كان النص المقترح محلا للنقد (١) .

٤٤ - خاتمة :

انتهينا فيما سبق من دراستنا لموضوع أثر حسن نية المشترى فى رجوعه بالضمان . وقد تبين لنا ما يثيره من خلافات ومشاكل لها صداها فى مجال الفقه والقضاء ، خاصة وأن محكمة النقض لا زال لها موقفها فى هذا الصدد ، مبتعدة بذلك عما تتجه اليه الغالبية بين الفقهاء فى الوقت الحاضر ، بل وعما يقضى به المشرع بالنسبة لأحكام الضمان . لهذا كان هدفنا فى هذا الباب محاولة إنارة السبيل والقاء بعض الأضواء على ما يثار بصدد الموضوع من مسائل ومشاكل ، علها تبدد ما يحيط به من ظلمات ، وتزيل ما يقف فى سبيله من عقبات ، وتلفت النظر إلى ضرورة مراجعة ما كان سبباً فى كل تلك الخلافات فى محيط الفقه والقضاء .

ولقد اقتضى ذلك أن نعرض لأثر حسن نية المشترى على رجوعه بالضمان من نواح ثلاثة : من ناحية ضمان العيوب ، ومن ناحية ضمان الاعباء أو التكاليف التى توجد على المبيع ، ومن ناحية ضمان الاستحقاق . وقد حاولنا

---

(١) أنظر محضر اللجنة المشار اليه فى الهامش السابق ، وان كان يراعى أن الاعتراض الذى قدمه الدكتور جلال العدوى فى هذا الصدد ينصب على مسألة استلزام حسن النية للحصول على التعويض ، لاختلاف طبيعة دعوى الابطال بسبب بيع ملك الغير عن طبيعة دعوى الضمان التى تعرض لها المادة ٤٤٣ . أنظر كذلك : أنور سلطان وجلال العدوى : عقد البيع ط ١٩٦٦ ص ٣٢١ بالهامش .

فى كل من تلك الحالات أن نحدد المقصود بحسن أو سوء النية فى هذا الصدد ، ونبين أثر ذلك فى كل حالة منها على رجوع المشترى بالضمان . ولم نحاول فى هذا الخصوص أن نقحم أنفسنا فى دراسة خاصة لفكرة حسن النية ، فقد تبين لنا أن ذلك يخرج عن نطاق بحثنا (١) ، واكتفينا فى هذا الصدد بالأخذ بمعيار يختلف فى التطبيق بين حالة ضمان العيوب من ناحية ، وبين ضمان الاعباء أو التكاليف ، وضمان الاستحقاق من ناحية أخرى . ذلك أنه إذا كان الرأى لم يقف فى حالة ضمان العيوب لدى مجرد العلم بالعيب بل ينصرف كذلك إلى امكان هذا العلم ، فان الأمر بالنسبة لضمان الاعباء أو التكاليف ، وضمان الاستحقاق لازال غير مستقر من حيث مسألة امكان العلم ، وان كان يعتد بمعيار العلم الحقيقى ، مع مراعاة الخلاف القائم حول العلم المستمد من التسجيل . وقد رأينا أنه ينبغى الأخذ بالعلم المستمد من القيد فى السجل العقارى فى ظل نظام هذا السجل ، وعند تطبيقه ، حتى لا نجرده عن ميزة من أهم مزاياه .

وإذا كنا قد حاولنا خلال دراستنا أن نعرض لما تثيره فكرة حسن النية فى هذا المجال ، فان هذه الدراسة قد استلزمت أن نعرض لبعض الثغرات القائمة فى النصوص التشريعية ، والتى تثير خلافات بين وجهات النظر ، ويؤدى الأخذ بوجه من هذه الوجهات أو بوجه آخر نتائج متباينة .

ولهذا حاولنا أن نبرز بعض نواحى هذا الموضوع ، وخاصة من ناحية التسوية بين حقوق الارتفاق وبين الاعباء أو التكاليف فى الحكم من حيث أثر العلم بها . ذلك أن القانون الحالى لا يسوى بين التكاليف وبين حقوق

---

(١) يمكن الرجوع بصفة خاصة إلى ما ظهر من دراسات فى هذا الصدد :

J. Jaubert : Des effets civils de la bonne foi, Pairs 1899 A. Volansky : Essai d'une définition expressive du droit bassé sur l'idée de bonne foi, Paris 1939. Gorphe : Le prinicipe de la bonne foi, thèse Paris 1928. Voin ; La bonne foi, Notion et rôle actuels en droit privé francais, thèse, Bordeaux 1939. M. Gamal Eddine Zaki : La bonne, foi dans l'acquisition des droits en droit privé klude comparée, thése . Paris — imp. au Caire 1955.

الارتفاق ، من هذه الوجهة ، رغم أن حقوق الارتفاق ما هى الا تكاليف تقع على الأعيان . فالعلم بها ، كالعلم بالتكاليف ، يجب أن يتساوى من حيث الاعتداد بما يترتب على هذا العلم من آثار . ولقد دعا هذا بعض التشريعات الأخرى إلى النص على العلم بالتكاليف التى توجد على المبيع . وإذا كانت لجنة مراجعة القانون المدنى القائم قد أدخلت هذا فى الاعتبار عندما عدلت نص المادة ٢/٤٤٥ من القانون المدنى الحالى وصاغتها بحيث لم تعد قاصرة على حقوق الارتفاق وحدها ، بل أصبحت تنصرف إلى الحقوق الأخرى التى توجد على المبيع وتنقص من الانتفاع به ، فان هذا النص لا شك يسوى بين حقوق الارتفاق والتكاليف من حيث أثر علم المشترى بها على رجوعه بالضمان . فقد ورد النص المقترح على النحو التالى : «ولا يضمن البائع حقاً ينتقص من انتفاع المشترى بالمبيع ، إذا كان قد أبان عنه للمشترى ، أو كان هذا الحق ارتفاقاً ظاهراً ، أو ارتفاقاً قانونياً» (١) . وإذا كان واضحاً أن النص المقترح يقصر علم المشترى الذى يمنعه من الرجوع بالضمان على حالة ما إذا كان البائع قد أبان عنه للمشترى ، فانه يستبعد بذلك علم المشترى فعلا عن غير طريق البائع ، مع أن هذا ينبغى أن يؤدى إلى نفس النتيجة ، فعلم المشترى من أى سبيل ينبغى أن يكون له أثره فى رجوعه بالضمان استناداً إلى هذا الحق ، الذى ينتقص من الانتفاع بالمبيع .

لهذا فاننا نرى أن تعاد صياغة المادة ٢/٤٤٥ بحيث ينص فيها على أنه لا يكون للمشترى الرجوع بالضمان على البائع إذا كان حق الارتفاق ظاهراً ، أو ارتفاقاً قانونياً يعتبر من القيود العامة التى ترد على الملكية ، أو كان المشترى عالما به . ومن شأن هذه العبارة الأخيرة أن تقطع الخلاف حول هذا الموضوع والذى يثار دائماً حول مصدر علم المشترى ، وهل يكفى أن يعلم من أى سبيل أم يلزم أن يكون العلم عن طريق البائع وذلك بقيامه باعلام المشترى بوجود الحق . كما أن التنسيق بين هذا النص فى وضعه

(١) أنظر فيما سبق بند ١٠

الجديد وبين المادة ١/٤٤٤ يقتضى أن يعدل هذا الأخير فينص على أنه إذا ما استحق بعض المبيع أو وجد مثقلا بتكليف لا علم للمشترى به .

وفضلا عن ذلك فقد اتضح لنا خلال دراستنا لضمان الاستحقاق ، ولأثر حسن النية فى هذا المجال أن هذا الموضوع لا زال يثير الكثير من المشاكل والمسائل والتى تتركز حول أساس رجوع المشترى على البائع عند استحقاق المبيع . وقد رأينا أن تنوع الأسس التى يكون للمشترى أن يرجع بمقتضاها من شأنه أن يعطى حلولا متعارضة متضاربة فى المسألة الواحدة ، مما يدعو إلى ضرورة اعادة النظر حول العمل على التنسيق بين تلك الأسس منعاً لكل ما يقع من خلاف فى هذا الصدد .

ولهذا كان لابد من اعادة النظر كذلك فى تلك الأسس والتنسيق بينها . وقد رأينا أن يقوم الرجوع على أساس واحد هو أن العقد فى حالة الاستحقاق لا يبقى قائماً ، وبذلك يكون للمشترى أن يسترد «الثمن» لا «قيمة المبيع» مهما تغيرت هذه القيمة .

كما رأينا أنه لا ينبغى أن يسوى فى هذا الصدد بين المشترى حسن النية ، الذى يجهل ، وقت البيع ، سبب الاستحقاق ، وبين المشترى الذى يعلم بذلك . إذ يكون للمشترى فى الحالة الأولى أن يرجع فضلا عن الثمن بالمبالغ الأخرى ، والتى تدور كلها حول فكره تعويض المشترى عما سببه له عدم تنفيذ العقد من أضرار .

وبذلك ينصرف التعديل فى المادة ٤٤٣ من نص القانون المدنى القائم إلى مسألتين رئيسيتين : أولاهما تنصرف إلى أساس رجوعه على البائع ، حتى يتحقق التناسق بين هذا الأساس وبين الأسس التى يمكن للمشترى أن يرجع بمقتضاها طبقاً للقواعد العامة فى حالتى الفسخ والابطال بسبب بيع ملك الغير . وأما الثانية فانها تتعلق باستلزام حسن النية لامكان الرجوع بالمبالغ الأخرى التى تدخل تحت نطاق التعويض بصفة عامة . وبهذا نأمل أن يوضع حد لما يثار من خلافات حول هذا الموضوع . ونأمل فى الوقت ذاته أن نكون قد أسهمنا فى القاء الضوء على بعض نواحيه .

تم بعون الله تعالى طبع هذه المجلة ، بالهيئة العامة
للكتب والأجهزة العلمية ، مطبعة جامعة الاسكندرية ،
فى يوم الأربعاء ٢٦ مايو ١٩٧١

محمد كامل صديق
رئيس مجلس الادارة

محمد يوسف البساطى
مدير المطبعة

Sur le plan substantiel, l'article 59 a essayé de concilier les deux approches dites : "subjective" et "objective" en prétendant avoir édifié une nouvelle règle objective de droit. Toutefois, l'oeuvre novatrice de la Commission nous semble plus apparente que réelle. Les aspects subjectifs sont de loin les plus importants dans l'article 59.

En exigeant que les circonstances qui justifient le recours à la règle doivent "constituer une base essentielle du consentement des parties" et en précisant que ces circonstances doivent être "imprévisibles" par les parties, l'article 59 aboutit à ce que M. Lissitzyn appelle "a piling up of subjectivities rather than their diminution", (1) Le Commission a ainsi sacrifié son prétendu objectivisme initial en laissant la règle *rebus sic stantibus* au même point où elle se trouvait à la fin du siècle dernier quand Bluntechli écrit dans l'article 456 de son projet de codification : "Lorsque l'ordre de faits qui avaient été la base expresse ou tacite du traité se modifie tellement avec le temps, que le sens du traité s'est perdu ou que son exécution est devenu contraire à la nature des choses, l'obligation de respecter le traité doit cesser." (2)

---

1. *cf.* O. J. Lissitzyn, "Treaties and changed circumstances — Rebus sic stantibus", *American Journal of International Law*, 1967, p. 915.

2. Texte reproduit par le groupe de recherche de *Harvard Law School, Preliminary Draft Conventions*, 1935, Appendix 3, p. 1194.

rence de Vienne qu'elle a été introduite dans le texte de l'article 59 par un vote favorable aux amendements proposés dans ce sens par le Canada et la Finlande.(1)

Quant à la procédure d'extinction, l'article 59 est soumis à la procédure établie par l'article 62 qui exige :

a) une notification aux autres parties indiquant la mesure envisagée à l'égard du traité et les motifs à l'appui,
b) un délai raisonnable fixé aux autres parties pour donner leur réponse,
c) si une objection a été soulevée, les parties sont tenues de rechercher une solution par les moyens indiqués à l'article 33 de la Charte des Nations Unies.(2)

Il est certain que cet aspect procédural reste insuffisant pour réaliser la protection de la communauté international contre le risque d'un recours abusif à la règle *rebus sic stantibus*. l'absence d'un réglement judiciaire obligatoire exercé par la Cour Internationale de Justice, susciterait toujours une grande méfiance dans l'état actuel des relations internationales.(3)

---

1. L'amendement canadien (A/Conf. 39/C. 1/L. 320, 7 may 1968), et l'amendendement finlandais (A/Cinf. 39/C. 1/L. 333, 9 May 1968) introduisent la "suspension" en tant qu'une conséquence juridique éventuelle du changement fondamental des circonstances. Les deux amendements furent adoptés par 31 voix contre 26 et28 abstentions (*Provisional Summary Record of the th Meeting*, il May 1968, *op-cit.*, p. 13).

2. En commentant l'article 62 intitulé "procédure à suivre en cas de nullité d'un traité ou pour y mettre fin, à en retirer ou en suspendre l'application", nombreux membres de la Commission l'ont considéré comme un "article clé", et certains parmi ses membres ont estimé "qu'il importait de recommander que l'application soit soumise au réglement judiciaire obligatoire de la Cour Internationale de Justice au cas où les parties ne se mettraient pas d'accord sur un autre mode de réglement" (*Rapport de la Commission du Droit International sur les travaux de sa* 18e *session*, 4 mai — 19 juillet 1966, p. 95).

3. Dans leurs observations, un certain nombre de gouvernements ont exprimé l'avis que les garanties de procédure prévues par l'article 62 n'allaient pas assez loin, et qu'il conviendrait de prévoir expressément les mesures à prendre, notamment le recours à un réglement judicaire indépendant, dans le cas où les parties ne pourraient pas parvenir à un accord (*Voir : Compilation analytique des commentaires et observations presentes en* 1966 *et* 1967 *au sujet du texte definitif du projet*, vol. II, A/Conf. 39/5, 10 février 1968, p. 367 *ss.*) Plusieurs délégations ont manifesté, pendant la Conférence de Vienne, une attitude nuancée à l'égard de l'article 59 en précisant que leurs gouvernements décideront de voter pour ou contre cet article en fonction de la forme définitive de l'article62 et les garanties procédurales et juridictionnelles qu'il contiendrait ((*voir* : U.N. Conference in the Law ofTreaties. *Committee of the Whole, Previsional Summary Record*, 63th and 65th Meetings, 11—19 May (1968).

unilaterale. (1) La doctrine moderne évite cette confusion en précisant que le changement fondamental descirconstances ne doit pas être envisagé comme un fait-condition déclenchant automatiquement l'extinction du traité. (2) De même, la doctrine n'accorde pas à l'une des parties le droit de dénoncer unilatéralement le traité. Pour la plupart des auteurs modernes, les effets de notre règle se résument donc en deux points : le *a*) le traité doit cesser de produire ses effets obligatoires, c'est-à-dire, il doit être suspendu comme dans le cas de guerre, *b*) le changement fondamental des circonstances déclenche une procédure d'extinction qui doit aboutir soit à la conclusion d'un nouvel accord, soit à une décision émanant d'une juridiction ou d'un autre organe international.(3).

L'idée de la suspension ne figurait pas dans le projet de la Commission malgré son importance capitale.(4) C'est seulement à la Confé-

---

1. *cf.* Leca, *op-cit.*, p. 248 où il attire l'attention sur la distinction entre la règle elle-même en tant que cause juridique et son moded' action pour en conclure: "Seule une confusion entre la caducité et la dénonciabilité des traités a pu motiver l'interprétation de Kelsen."

2. M. Kiss a exprimé cette opinion dominante en précisant : " le changement des circonstances peut entrainer la caducité d'un traité le traité reste en vigueur tant qu'un acte faisant droit entre les Etats intéressés — nouvel accord ou sentence d'un Juge international — n'est pas intervenu pour constater cette caducité (*Annuaire francais de Droit International*, 1959, p. 798).

3. L'oeuvre créatrice de Fitzmaurice réside} précisément dans le fait qu'il considère le changement de circonstances comme un événement générateur d'une obligation de parvenir à un nouvel accord. En cas d'échec de toute tentative d'accord, il a essayé de substituer au droit de dénonciation unilatérale le droit de suspendre l'exécution du traité en vue de "juridictionaliser" l'application du principe *rebus sic stantibus* (*cf. Annuaire de la Commission de Droit International*, 1957, vol. II, Op. 75 *ss.*).

4. Le texte proposé par la Commission disposait : "Un changement fondamental de circonstances... ne peut pas être invoqué comme motif pour mettre fin au traité ou pour s'en tirer, a) à moins que...". Pour défendre la position de la Commission le Rapporteur special, Sir Waldock, s'est exprimé devant la Conférence de Vienne dans les termes suivants; „The Commission's view had been that article 59, which dealt with fundamental changes of circumstances, might conflict with the idea of mere suspension... In the case of fundamental change, however, the real relevance was to a situation where one party wished to terminate a treaty and the other resisted. In such a case, the notice of suspension was not really practicable. Enven more important, however, was the feeling that, if the possibility of suspension were added, that might weaken the strict philosophy of the whole article. To allow suspension might give the impression that the change of circumstances might not be quite fundamental. That reasoning had induced the commision not to include a provision for suspensions" (United Nations Conference on the Law of Treaties, *Commitee of the Whole, Provisional Summary Record of the 56th Meeting*, 11 may 1968, A/Conf. 39/C 1/SR. 65—VI. 68. 3013, p. 11).

des autres causes d'extinction. Ceux qui confondent le *rebus sic stantibus* avec "le force majeure" ou la "desuétude coutumière" prétendent que son effet juridique doit être la caducité de plein droit;(1) tandis que ceux qui mettent l'accent sur les cas des "traités inégaux" envisagent comme sanction la nullité, étant donné que l'élaboration d'une nouvelle règle de *jus cogens* frappe de nullité les traités antérieurs qui sont considérés comme non-conformes à cette règle(2).

Quant à ceux qui rapprochent le "changement fondamental de circonstances" de la "non-exécution du traité" par l'autre partie, ils préconisent la possiblilité d'une dénonciation unilatérale pour mettre fin à l'existence du traité(3). C'est précisément cette dernière opinion qui avait provoqué l'hostilité à l'égard de la règle *rebus sic stantibus*. Elle fut condamnée par la Déclaration de Londres du 17 janvier 1871 selon laquelle : "Les puissances reconnaissent que c'est un principe essentiel du droit des gens qu'aucune puissance ne peut se délier des engagements d'un traité, ni en modifier les stipulations, qu'à la suite de assentiment des parties contractantes,au moyen d'une entente amicale(4)

D'après Kelsen, cette Déclaration est un rejet "clair et net" de la règle *rebus sic stantibus*(5). Il nous semble, cependant, que le grand maître confond la règle ellemême avec la procédure de dénonciation

---

1. *Voir* : Bayon y Chacon, *op-cit.*, p. 44 *ss.*, Wigniolle, *op-cit.*, p. 117 *ss.*; et Goellner, *op-cit.*, p. 55 *ss.*

2. La survenance d'une nouvelle règle de *jus cogens* est considérée comme un cas d'extinction du traité. L'application de la règle ôte au traité sa validité, mais elle ne rend pas le traité nul. Autrement dit, le traité ne devientpas nul *ab initio* ; la nouvelle règle du *jus cogens* interdit que l'accord continue d'exister et d'être appliqué (Commentaire de l'article 61, *Rapport de la Commission du Droit International sur les travaux de sa 18eme session*, 4 mai — 19 Juillet 1966, p. 94).

3. Le droit de dénonciation unilatérale en cas d'une violation substantielle est expréssément reconnu par l'article 57 du Projet. Toutefois, les membres de la Commission ont été d'accord pour penser que la violation d'un traité, si grave soit-elle, ne met pas fin au traité *ipso facto*, et certains membres ont été d'avis qu'il y aurait danger à ce que la Commission consacra le droit de dénonciation unilatérale, à moins que son exercice ne soit soumis à un contrôle par le recours obligatoire à la Cour internationale de Justice (Commentaire de l'article 57, *Rapport..., op-cit.*, p. 87).

4. Annexe au Protocole No. 1 de la Conférence de Londres, *British and Foreign State Papers*, 1870—1871. Vol. LXI, pp. 1198—1199.

5. *cf.* H. Kelsen, "Théorie du droit international public", *Recueil des Cours de La Haye*, t. 89, 1953, p. 163 *ss.*; *idem*, *Principles of International Law*, London, 1959, p. 358 *ss.*

4. Dans la question de la protection des minorités sous les engagements conclus à l'époque de la Société des Nations, il aurait été plus conforme à la réalité juridique de considérer que les traités en question sont tombés en désuétude au lieu d'invoquer la *rebus sic stantibus*, comme l'a fait le Secrétaire Général des Nations Unies.(1)

5. Dans tous les cas de dénonciations soviétiques des traités tsaristes, de dénonciations chinoises, turques et iraeionnes concernant les traités de capitulations, de la dénonciation égyptienne du traité anglo-égyptien, il nous semble impossible de placer exclusivement le problème sur le plan de la règle *rebus sic stantibus*. Il est vrai que, dans dans tous ces cas, il y eût des changements d'ordre moral, c'est-à-dire des modifications psychologiques dans l'attitude des Etats à l'égard des traités considérés comme des "traités inégaux". Mais, dans ces cas, il s'agissait essentiellement d'un recours soit à la notion d'un "état de nécessité"(2),soit à de nouvelles règles générales de *Jus cogens* qui libèrent l'Etat de ses obligations conventionnelles antérieures lorsque celles-ci entravent l'exercice par l'Etat de ses compétences essentielles en tant que sujet souverain de droit international(3). En somme, les divergences qui existent entre les auteurs sur les effets de la règle *rebus sic stantibus* sont dues en grande partie à la confusion entre ce qui est propre au "changement fondamental de circonstances" et ce qui relève

---

1. *cf.* N. Feinberg, „The legal validity of the undertakings concerning minorities and the clancule rebus sic stantibus", *Studies in Law Scripts Hierosoloymitens*, Vol. 5, Jerusalem, 1958, p. 124, II.

2. L'état de nécessité est, selon la doctrine moderne, "une règle de droit international qui permet à un Etat de suspendre l'exécution de ses obligations conventionnelles si celles-ci entravent directement, sans que le traité l'ait prévu expressément l'exercice par l'Etat de ses compétences essentielles qui conditionnent, d'après le droit' coutumier actuel, son existence en tant que sujet de droit international", (J. Leca, *op-cit.*, p. 287).

3. L'article 61 du projet, le traité doit s'effacer ou s'adapter devant l'apparition d'une nouvelle règle positive de droit coutumier ayant un caractère de *jus* cogens. Il s'agit de traités inégaux qui violent les principes de la souveraineté étatique. *cf.* R. Buell, "The termination of unequal treaties,," *Proceedings of the American Society of International Law*, 1927, p. 93 *ss.*; A. Putney, "The termination of unequal treaties", Proceedings . . . 1927 p. 87 ss. Tsang Y - Has *Termination of unequal traties in International Law*, Shanghai, 1931; A. N. Talayev V. G. Boyarshinov, "Unequal treaties as a mode of prolonging the colonial dependence of the new states of Asia and Africa", *Soviet Year Book of International Law*. 1961, p. 156 ss., S. Koylev, "La valeur pour l'URSS des traités internationaux conclus avant 1917", *Mélanges Gidel*, 1961, p. 401 *ss.*; et I. Detter, "The problem of unequal treaties", *International and Comparative Law Quaterly*, 1966, p. 1069 *ss.*

L'un des plus grands mérites du projet de la Commission est, sans doute, le fait d'avoir insisté sur le caractère "exceptionnel" et "subsidiaire" de la règle *rebus sic stantibus*. En effect, le projet a adopté en la matière la forme négative utilisée dans la rédaction de l'article 59 qui dispose : "Un changement fondamental des circonstances'... ne peut pas être invoqué comme motif pour mettre fin au traité ou pour s'en retirer, à moins que...'(1)

Par conséquent, on ne doit recourir à l'article 59 qu'en dernier ressort et en l'absence de toute autre cause d'extinction.

Plusieurs remarques s'imposent à cet égard :

1. Dans le cas du traité russo-allemand de Brest-Litovesk, il ne s'agit pas d'une simple application de la règle *rebus*, mais plutôt d'une abrogation tacite résultant de l'acquiescement donné par l'Allemagne à la dénonciation soviétique (2).

2. Dans le cas de la dénonciation en 1906 du traité de commerce de 1840 entre l'Angleterre et la Bolivie, la perte des ports boliviens sur la mer, constituait non seulement un changement des circonstances mais en plus une impossibilité d'exécution (3).

3. Dans l'affaire de la Mer Noire, la note russe du 31 octobre 1870 est explicite dans le sens d'une dénonciation motivée par les "dérogations à des engagments auxquels (la Russie) n'a cessé d'être scrupuleusement fidèle", c'est-à-dire qu'il s'agissait de la non-exécution des obligations conventionnelles par les autres parties plutôt que d'un changement de circonstances. (4)

=*Theorie juridique de la revision des traites*. Paris, 1938, p. 58*ss*., A. Goellner, "*Preca ducite, caducite et desuetude en droit international public*, Paris, 1939, p. 51 *ss*. Ch. Rousseau, *Principes generaux de droit international public*, Paris, 1966, p. 589 *ss*. et Leca, thèse *op-cit*., p. 314 *ss*.

1. Un amendement présenté par Vénézuéla pendant la Conférence de Vienne tendait à établir la règle *rebus sic stantibus* sous une forme affirmative; mais l'amendement proposé fut retiré devant l'hostilité manifestée à son égard par la plupart des délégués (*cf*. United Nations Conference on the Law of Treaties, Committee of the Whole, Summary Record of the 65th Meeting, A/Conf. 39/C. 1/SR. 65, 11 May 1968, p.13).

2. *cf*.J. Dehaussy, *Juris-Classeur de Droit International*, Fasc. 12 — D.

3. *cf*. Leca, thèse, *op-cit*., p. 240 *ss*.

4. *Ibid*., p. 242 *ss*.

majorité des Etats à une conception élargie de la règle *r,s,s,*, dont la seule exception réelle — exception non citée par l'article 59; — concerne les traités donnant naissance à une organisation internationale fonctionnant sur la base d'un statut qui régit toutes les questions relatives à sa revision, son adaptation ou le retrait d'un Etat-membre.

Quant à l'exception expressément prévue par le texte en ce qui concerne les traités "établissant des frontières", elle réaffirme une position qui découle du jeu normal de la règle *r.s.s.*

DEUXIÈME CHAPITRE
LES EFFETS DE L'ARTICLE 59

La plupart des controverses suscitées dans le domaine du "changement fondamental des circonstances" est la conséquence de la confusion qui existe à l'égard de la place que cette notion occupe parmi les différentes causes d'extinction des traités.(1)

Dans plusieurs cas, la règle *rebus sic stantibus* est invoquée à la place d'autres mesures plus appropriées; ce qui a provoqué un certain scepticisme quant à sa valeur réelle.(2)

D'autre part, il semble difficile de préciser d'une façon claire si elle entraîne la nullité, la caducité, la dénonciation par une volonté unilatérale ou tout simplement la suspension des obligations conventionnelles.3

---

1. Les causes d'extinction peuvent être, en premier lieu, "volontaires", c'est-à-dire prévues d'un commun accord par les parties elles-mêmes, ou "légales" dans le sens de causes non prévues par les parties, mais par les régles de droit international général contumier. D'autre part, certaines causes entraînent une extinction "automatique" par expiration ou caducité, tandis que les autres sont considérées comme des modes d'extinction "spéciaux" qui exigent un acte juridique émanant d'une seule des parties (notification ou dénonciation),soit de deux parties ou de toutes les parties agissant d'un commun accord (*cf.* J. Dehaussy, *Juris-Classeur de Droit International, op-cit.*, Fasc. 12 — D).

2. *cf.* J. Leca, thèse, *op-cit.*, p. 21 *ss.*

1. Logiquement, les tenants de la thèse d'une "clause tacite" devaient admettre la caducité de plein droit, étant donné que la condition résolutoire implicite fait tomber le traité sans qu'il soit besoin de recourir à une dénonciation. Mais, la plupart des auteurs refusent la conception d'une extinction automatique en préférantla dénonciabilité. Certains autres envisagent une simple suspension des obligations conventionnelles en attendant un réglement juridictionnel si les parties ne parviennent pas à se mettre d'accord — Voir en particulier : Bayon y Chacon, "De la révision des traités devenus inapplicables...", *Revue de Droit International*, 1934, p. 44 *ss.*; A. Wigniolle, *La Societe des Nations et la revision des traites*, Paris, 1932, p. 114 *ss.*; G. Scelle, =

de traités "établissant une frontière". Cette exception est conforme aux thèses suisse et française avancées devant la Cour permanente dans l'affaire des *Zones franches*(1), et à la décision de la Cour allemande dans l'affaire Brême c. Prusse.(2) Elle peut être justifiée par le fait qu'il s'agit de traités déjà exécutés (*Executed treaties*) *par opposition* aux traités exécutoires (*Executory Treaties*). (3) Autrement dit, la non-applicabilité de la règle *rebus sic stantibus* à l'égard des traités "établissant une frontière" découle de la règle elle-même, dont les effets se réalisent *ex tunc* et non *ex nunc*, c'est-à-dire qu'elle ne vise que les obligations à exécuter dans l'avenir et non les engagements déjà assumés(4)

Il faut d'ailleurs noter que le texte de l'article 59 se limite aux traités "établissant des frontières" et n'englobe pas les "traités de paix" que la doctrine traditionnelle considère comme non révisables(5) A la Conférence de Vienne d'avril 1968, la République du Viet-Nam a proposé la modification du texte pour qu'il embrasse également les traités "consacrant un réglement politique négocié" (6), et les Etats-Unis ont demandé l'introduction d'une conception encore plus large qui englobe tous les traités "déterminant une frontière ou établissant de quelque autre manière, le statut d'un territoire."(7) Les deux amendements ont été rejetés. (8) Ce rejet souligne l'attachement de la

---

1. *C.P.J.I.*, Série C, No. 58, p. 136 *ss*.

2. *Arret du Reichagericht*, pubié dans *The Annual Dogest of Public International Law Cases*, 1925—1926,

3. *Voir* : McNair, *op-cit.*, p. 64 *ss*.

4. *cf.* Gattand, thèse, op-cit., p. 118 *ss*.

5. *Ibid.*, p. 202.

6. L'amendement vietnamien disposait : "A fundamental change of circumstances may not be invoked : (a) as a ground *either* for terminating a treaty estabilshing a boundary *or confirming a negotiated political settlement or for withdrawing from* treaty ..." (*United Nations Conference on the Law of Treaties*, A/Conf. 39/C. 1/L. 299, 1 may 1968).

7. L'amendement des Etats-Unis d'Amérique disposait : "A fundamental Change of circumstances may not be invoked : a) As a ground for terminating or withdrawing from a treaty *drawing a boundary or* otherwise establishing territorial status.

8. L'amendement vietnamien fut rejepar 64 voix xontre 1 et 13 abstentté ions, tandis que l'amendement Américain fut rejeté par 43 voix contre 14 et 28 abstentions (*cf.* Draft Report of the Committee of the Whole, A/Conf. 39/C. 1/L. 370/Add. 1—7. p. 63).

l'article 59 est conçue comme une règle d'application générale, même si, pour des raisons purement pratiques, elle ne doit jamais s'appliquer, ou ne s'appliquer que rarement, à des traités de durée limitée ou à des traités pouvant être dénoncés par notification (1). D'ailleurs, l'expérience a démontré que la règle *r.s.s.* a été invoquée à propos des traités de durée limitée. Ainsi, dans sa résolution du 14 décembre 1932, la Chambre Française des députés a expressément invoqué la doctrine *rebus sic stantibus* à propos de l'accord franco-américain de 1926 sur la consolidation des dettes de la France.(2) De même, l'Egypte l'a tacitement invoquée à l'encontre du traité anglo-égyptien de 1936 conclu pour une période de vingt ans.(3)

D'autre part, en tant que règle objective de droit, rien n'empêche l'application de la *r.s.s.* aux traités généraux dits "traités-loi" ou traités générateurs d'un système ou d'un régime(4) C'est ainsi que le Secrétaire Général des Nations Unies a constaté la caducité des 17 engagements conclus en matière de minorités sous le contrôle de la Société des Nations.(5) Aussi, l'Union Soviétique a considéré les Conventions d'avant-guerre relatives au régime du Danube comme caduques(6)

La seule exception admise par l'article 59 concerne la catégorie

---

1. *Ibid.*, p. 87.

2. *cf.* A. Kiss, article, *op-cit.*, p. 384 *ss.*

3. cf. M. Shaker, article, *op-cit.*, p. 120 *ss.*

4. On doit, par conséquent, repousser toute distinction fondée sur la nature de la convention ou sa matière. Comme M. Leca l'a bien démontré., "la distinction de Triepel entre traités-lois et traités-contrats est elle-même de peu d'intérêt juridique : il n'y a pas de différence d'essence entre les deux grands types de traités, tout accord étant la loi de contractants et formant entre ceux-ci un droit objectif et particulier" (Thèse, *op-cit.* p. 115). De même, il n'y a pas lieu de distinguer entre les traités politiques et les accords de commerce sur la base que dans le cas d'un traité "embodying a purely commercial bargain between two parties, the existence of an implied right of denunciation, upon giving reasonable notice can readily been inferred from the nature of the treaty on the ground that it requires revision from time to time in order to bring it into harmony with changing conditions" (McNair, *Law of Treaties*, London, 1961, p. 368). Les raisons qui militent en faveur d'une révision des accord de commerce sont aussi valables en ce qui concerne les traités d'ordre politique.

5. *cf.* L'étude du Secrétaire Général des Nations Unies sur la protection des minorités, *op-cit.*, p. 34 ss.

6. *Voir* : J.F. Tricks. R.M. Slusser, *The Theory, Law, and Policy of Soviet Treaties*, op.-cit., p. 267 *ss.*

clause tacite(1) Il a suivi une tradition doctrinale qui limite la possibilité d'invquer la *r. s. s.* à une catégorie déterminée des traités dits "perpétuels", c'est-à-dire aux traités qui ne prévoient pas expressément leur extinction et qui doivent être considérés *prime facia* comme valides pour une période indéfinie. Cette notion de perpétuité est critiquée sévérement par la doctrine moderne qui la considère comme une notion vide de sens en droit, parce que les Etats ne peuvent pas plus s'interdire de terminer un traité qu'un peuple d'abroger sa constitution (2).

D'autre part', elle a abouti à l'introduction d'une nouvelle fiction dans le droit des traités selon laquelle il existe une prétendue clause tacite de dénonciation incluse dans les traités "perpéuels". (3)

Le proposition de Sir Fitzmaurice, inspirée par cette tradition contractualiste, est inacceptable si l'on voit dans la *r.s.s.* une règle coumière de droit internatinal, que la volonté des parties ne peut écarter. C'est pourquoi, la Commission a adopté la thèse de Sir Waldock selon lequel "aucune distinction ne doit être établie entre les traités "perpétuels" et les traités de durée limitée".(4) Ainsi, la règle énoncée dans

---

1. *Voir* : Waldock, *Annuaire*, 1963, Vol. II, p. 87 où il dit : "On peut légitimement dire, comme le fait le précédent rapporteur spécial, que l'intention des parties était)d'exclure toute possiblité d'extinction antérieure au terme, si l'on considère la théorie du point de vue de la "condition tacite" ; il n'en va pas de même si la thécrie est conçue comme une règle de droit objective fondée, dans chaque cas d'espèce, sur l'équité et la justice."

2. Bluntschli a eu le grand mérite d'attirer l'attention sur cet aspect important en précisant que "l'éternité des traités est aussi absurde que l'éternité des constitutions : toutes deux sont inconciliables avec le développement naturel des peuples" (cité par Cattand, thèse, *op-cit.*, p. 124.),.

3. En fait, la limitation du champ d'application de la régle *rebus sic stantibus* aux traités dits "perpétuels" s'est montrée vide de tout sens réel quand la doctrine classique introduisait " la prétendue clause tacite de dénonciation incluse dans les traités perpétuels". Selon cette conception, "certains traités de nature politique, lorsqu'ils sont conclus sans limitation de durée et ne comportant aucune disposition relative à leur éventuelle dénonciation,... (ils) doivent être présumés contenir une clause tacite de dénonciation unilatérale." (Voir l'exposé critique de J. Dehaussy, "Les Traités : validité temporelle des effets des traités", *Juris-Classeur de Droit International*, Fasc. 13 D).

4. D'après Sir Waldock, "pour souhaitable qu'il soit de restreindre autant que possible le champ d'application de la théorie,nous estimons que, si l'on lui reconnaît le caractère d'une règle de droit objective, aucune distinction ne doit être établie entre les traités "perpétuels", et les traités de durée limitée. (*Annuaire*, 1963, vol. II, p. 87).

rôle à jouer en ce qui concerne les "traités-constitution" donnant naissance à une organisation internatinale telle que les Nations-Unies, le GATT ou les Communautés Européennes où il faut suivre le processus institutionnel prévu pour réaliser l'adaptation nécessaire.

Quant aux problèmes posés hors le cadre de la révision institutionalisée, le changement fondamental des circonstances peut être invoqué en tant que cause "spéciale" d'extinction. Son caractère particulier se manifeste sur deux plans :

a) son domaine limité étant donné que certaines catégories de traité sont à l'abri de la règle *r.s.s.*,

b) et ses effects atténués par rapport aux autres causes d'extinction où le "changement fondamental des circonstances" figure comme une règle subsidiaire qui fonctionne d'une manière non-automatique.

CHAPITRE I

LE DOMAINE DE L'ARTICLE 59

Dans le projet initial de Fitzmaurice, le règle *rebus sic stantibus* avait une portée extrêmement limitée. Elle ne pouvait être invoquée que si le traité était de durée indéterminée et ne contenait aucune disposition expresse prévoyant son expiration ou son extinction moyennant prévis. (2)

Le prédécesseur de Sir Waldock envisageait ainsi, une restriction qui ne se conçoit que dans l'optique contractualiste et volontariste d'une

---

1. *Voir*, pour une excellente analyse des clauses de révision contenues dans les différentes catégories de traités générateurs d'un système ou d'un régime : J. Leca, *op-cit.*, p. 23 *ss.*

2. D'après Sir Fitzmaurice, "les principes *rebus* ne jouent qu'à l'égard des traités qu'on qualifie parfois de "perpétuels", on peut même soutenir que le principe n'a aucune raison d'être dans le cas d'autres traités...... On peut même légitimement conclure, par voie d'interprétation, que, du moment que les parties avaient stipulé un terme, c'est qu'elles entendaient *exclure* toute extinction antérieure à ce terme, sauf en vertu d'un nouvel accord spécial ou en raison d'une violation fondamentale ou d'une impossibilité littérale d'exécution", (*Annuaire*, 1957, vol. II, para. 159, p. 71).

Par conséquent, la recherche de la volonté contractuelle reste toujours un élément fondamental dans la *rebus six stantibus* même si on rejette la thèse d'une "clause tacite" on "implicite". La différence entre deux thèses réside essentiellement dans le fait que d'après la conception adoptée par la Commission, ce n'est pas l'intention des parties qui sert de fondement juridique au principe *rebus sic stantibus* considéré comme une règle de droit objectif d'origine coutumière.

Méanmoins, cette intention joue un rôle important pour déte1-miner si le changementqui s'est produit justifie l'application *at extra* de la règle en question. Autrement dit, cette règle objective de droit joue indépendamment de la volonté des parties qui devient une simple condition pour sa mise en oeuvre.

Deuxieme Partie — La mise en oeuvre de l'Article 59

En consacrant *rebus sic stantibus* comme règle de droit objectif, l'article 59 aboutit à deux résultats importants :

1. éviter toute confusion entre "changement fondametal des circonstances|" et révision ;

2. accorder au changement de circonstances une place particulière parmi les causes "spéciales" d'extinction non prévues par les parties.

En fait, il n'existe pas de limites précises entre ce que Georges Scelle appelait "le couperet de l'abrogation" par opposition à "l'orthopédie de la révision", dans la mesure où extinction et modification sont les deux aspects d'une même procédure.(1) Toutefois, en présence d'une réglementation conventionnelle spéciale concernant la révision, l'adaptation ou le retrait, la rebus sic stantibus est exclue.(2)Ainsi, elle n'a aucun

1. cf. G. Scelle, *Theorie juridique de la revision des traites*, Paris, 1936, p. 8.

2. La révision est donc un problème "législatif" foncièrement différent de la régle *rebus sic stantibus* qui pose un problème "judiciaire". Dans l'état |actuel de la société internationale, la révision doit être prévue et réglementée par le traité lui-même. Par conséquent. M. Leca a eu raison en dénonçant ce qu'il appelle "le mythe de la révision institutionnelle" basé sur l'article 19 du Pacte de la Société des Nations et l'article (suite)'14 de la Charte des Nations Unies. "La révision institutionnelle, dit-il, qui s'inspire de l'idée d'un super Etat mondial contrôlant les'normes particulières se heurte directement au fractionnement de la société oecuménique" (J. Leca, *Les techniques de revision des conventions internationales*, Paris, 1961, p. 249).

Le recouis à la volonté des parties est donc indispendable au moins en ce qui concerne trois parmi les cinq conditions précitées.

En premier lieu, la détermination du caractère "fondamental" du changement introduit un certain "subjectivisme". Ainsi, Sir Fitzmaurice a proposé que "les cas de cessation ou de modification d'une situation de fait ou d'un état de choses" doivent présenter "une importance essentielle pour l'obligation conventionnelle et en fonction desquels les deux parties ont conclu le traité"(1). Son successeur a essayé d'atténuer cette approche subjective dans l'appréciation de la qualité du "facteur déterminant" incitant les parties à conclure le traité. Il a préféré que la recherche soit dirigée vers la détermination de la circonstance que les parties "auront simplement considérée comme un élément normal de la conjoncture internationale telle qu'elle se présentait à l'époque."(2)

Nous retrouvons encore le recours à la volonté dans le domaine de "l'imprévisibilité" du changement. Si les parties ont prévu le changement (soit d'une manière précise, soit à titre hypothétique), il faut supposer qu'elles ont tacitement exclu ce changement en tant que cause d'extinction, ou bien, on doit considérer que le changement lui-même n'a pas le caractère essentiel susceptible de donner naissance à une telle cause (3).

En somme, si la règle *rebus sic stantibus* est considérée dans l'esprit de l'article 59 comme une règle objective de droit, on ne peut l'appliquer à des cas d'espèce en faisant abstraction de l'intention des parties au moment de la conclusion du traité. Waldock lui-même a avoué que "la règle n'a de raison d'être que parce qu'un changement de circonstances fait, qu'au moment considéré, les obligations imposées par le traité sont fondamentalement différentes des obligations qui avaient été initialement assumées. Le problème est de définir la relation qui doit exister entre le changement de circonstances et les intentions intiales des parties, ainsi que la mesure dans laquelle le changemen tde circonstances doit avoir compromis la réalisation de ces intentions"(4)

---

1. Rapport de Fitzmaurice, *Annuaire*, 1957, *op. cit.*, parc 153, p. 69.
2. Commentaire de Waldock, *Annuaire*, 1963, *op-cit.*, pars. 13, p. 88.
3. Rapport de Fitzmaurice, *Annuaire*, 1957, para. 161, p. 71.
4. *cf.* *Annuaire*, 1963, pars. 12, p. 88.

un traité a été conclu peut rendre ce traité caduc."(1) Le Secrétaire Général a donc considéré qu'entre 1939 et 1957, les circonstances intéressant le système de protection des minorités avaient profondément changé. Par conséquent, les engagements donnes par des Etats du temps de la Société des Nations devaient être considérés comme ayant cessé d'exister.

i) Enfin, les commentaires et observations présentés par les différents Etats en 1966 et 1967 au sujet du texte définitif du projet de la Commission et les travaux de la Conférence de Vienne d'avril 1968 confirment la thèse de Sir Waldock concernant la base coutumière de la *rebus sic stantibus* en tant que "régle objective de droit", étant donné que la grande majorité des Etats ont manifesté leur attachement à cette conception(2)

Toutefois, l'acceptation de la thèse de Waldock ne signifie nullement que la volonté des parties est un élément extérieur au jeu de l'article 59. Les conditions posées par cet article accordent à l'intention des parties un rôle important pour déterminer si la règle *r.s.s.* peut être légitimement invoquée en l'espèce. Cinq conditions sont nécessaires afin de pouvoir invoquer la règle, à savoir :

1. Il faut que le changement porte sur les circonstances qui existaient au moment de la conclusion du traité;

2. Il faut que le changement soit fondamental.

3. Il faut aussi qu'il n'eut pas été prévu par les parties;

4. Il faut que l'existence des circonstances dont il est question eût constitué une base essentielle du consentement des parties à être liées par le traité; et

5. Enfin, il faut que le changement ait pour effet de transformer radicalement la portée des obligations qui restent à exécuter en vertu du traité.

---

1. *cf.* „Study of the Legal validity of the undertakings concerning minorities" U.N. Doc. E/C. 4N/367, 7 Avril 1950, p. 43.

2. *Voir* : "Compilation analytique des commentaires et observations présentés en 1966 et 1967 au sujet du texte définitif du projet d'articles sur le droit des traités, U.N. Doc. A/Conf. 39/5 (Vol. II), 10 février 1968, p. 346 *ss.* et "Draft Report of the Committee of the Whole on its work at the first session of the Conference", A/Conf. 39/C.1/L. 370/Add. 1—7, Part II, p. 60 *ss.*

relations politiques.(1)

f) Les traités des capitulations ont été dénoncés par le Turquie, la Chine et l'Iran sur la base de la même règle.(2).

g) L'Egypte a dénoncé en octobre 1951 le Traité d'Alliance anglo-égyptien de1936 considéré comme ayant" outlived its purposes. (3) La Tunisie a invoqué en 1958 le changement fondamental des circonstances devant le Conseil de Sécurité à l'encontre du Traité franco-tunisien de 1955 en reprenant l'argument avancé devant l'Assemblée Générale des Nations-Unies en 1952 par la délégation brésilienne à l'égard des traités de 1881 et 1883 entre la France et la Tunisie(4)

h) Une étude rédigée en 1950 par le Secrétaire Général à la demande de Conseil économique et social sur la valeur juridique des engagements concernant la protection des minorités placées sous la garantie de la Société des Nations, est arrivée à la conclusion suivante: Le droit international admet que dans certains cas, un changement essentiel des circonstances de fait dans lesquelles

---

1. Parmi les exemple les mieux connus, on peut citer : L'affaire de la Mer Noire en 1890, l'incident du port de Batoum en 1886, l'annexion de la Bosnie-Herzégovine par l'Autriche-Hongrie en 1908, la proclamation de l'indépendance bulgare en 1908, la répudiation par le gouvernement soviétique en 1918—1919 destraités politiques et économiques conclus par le gouvernement impérial russe, et la termination de l'autonomie de la Mongolie extérieure en 1919—1929. Voir en particulier; Cheeney Hill, *op-cit.*, p. 47 *ss.*, et J.F. Trieka, R.M. Slusser, *The Theory, Law and Policy of Soviet Treaties*. Stanford, 1962, P. 263 ss.

2. *Voir* : Ting-Young, The Doctrine of *rebus sic stantibus in international law*, Shanghai, 1935, p. 12 *ss.*; Cheeney Hill, *op-cit.*, p. 27 *ss.* en ce qui concerne le termination des capitulations en Turquie (1914—1923), p. 32 *ss.* pour la termination de l'extraterritorialité en Chine (1926—1930), p. 36 *ss.* concernant la termination de la Juridiction consulaire en Pérou (1927—1928), et sur l'ensemble du problème. I. Detter, "The problem of unequal treaties", *International and Comparative Law Quarterly* 1966, pp. 1069—1989.

3. *Voir* : H.W. Brigge, "Rebus sic stantibus before the Security Council : the Anglo-Egyptian Question", *The American Journal of International Law*, 1949, p. 762 *ss.*, M.I. Shaker", Fundamental change of circumstances", *Revue egyptienne de droit international*, 1967, p. 120 *ss.*

4. *Voir* : R. Higgins, *The Development of International Law throughout political organs of the United Nations*, 1961,'p. 344 *ss.*; et A. Lester, "Bizerts and the unequal treaty theory", *International and Comparative Law Quarterly*, 1962, p. 852 *ss.*

sic stantibus nous nous contenterons de quelques remarques générales qu permettront de voir dans quelle mesure l'affirmation de sir Waldock est justifiée.

a) La Cour Internationale ne s'est pas encore prononcée à ce sujet. Ayant estimé, dans l'affaire des *Zones franches,* que les faits ne pouvaient, en aucune façon, justifier l'application de la théorie, La Cour permanente a expressément réservé sa position(1).

b) Les tribunaux suisses, allemands et américains ont estimé à plusieurs reprises que la *regle r.s.s.* est admise en droit international bien qu'ils furent amenés à juger que la règle était inapplicable compte tenu des circonstances de la cause(2).

c) La pratique diplomatique française se montre particulièrement favorable à la règle *rebus sic stantibus*, considérée comme "une règle reconnue de droit international public".(3)

d) Les Etats-Unis et les Etats d'Amérique Latine ont invoqué plusieurs fois le changement fondamental des circonstances pour mettre fin à des traités decommerce et de navigation.(4)

e) La Russie, l'Empire austro-hongrois, et l'Etat Soviétique ont invoqué à plusieurs reprises la règle *r.s.s.* dans le domaine des

---

1. L'analyse de certains passages contenus dans l'arrêt de la C.P.J.I. (Série A/B; No. 46, pp. 156 à 158), et dans l'avis rendu au sujet des *Decrets de nationalite* (Série B, no, 4, p. 29), ont permis à Sir Waldick de préciser que la Cour Internationale, loin de rejeter le principe "rebus sic stantibus" semble même admettre que cette théorie est dans une certaine mesure reconnue par le droit international" (*Annuaire,* op.cit., p. 84, pars 2).

2. *Voir,* par excemple, *Hooper c. United States,* Hudson, *Cases on International Law,* 2éd., p. 930; *Lucerne c. Aargan* (1888), *Arrets du tribunal federal suisse,* vol. 8, p. 57; Affaire *Lepeschkin, Annual Digest of Public International Law Cases,* 1923 — 24, affaire no. 189; *Breme c. Prusse, Ibid.,*1925—26, affaire No. 226, *Rothschild and Sons c. Government egyptien, ibid.,* 1925—26, affaire No. 14 : *Canton de Thurgovie c. Canton* 14; *Canton de Thurgovie c. Canton de Saint-Gall, ibid.,* 1927 — 28, affaire No. 289; *Bertaco c. Bancel, ibid.,* 1935—37, affaire No. 201; *Stransky c. Zivnostenske Bank, International Law Reports,* 1955, pp. 424 à 427.

3. *cf.* A. Ch. Kiss, "L'extinction des traites dans la pratique française", *Annuaire francais de droit internatienal,* 1959, p. 787 *ss.*

4. Voir les exposés de cette pratique dans Cheeney Hill, thèse, *op.cit.,* p. 27 ss. et O.J. Lissitéyn article, *op-cit,* p. 902 *ss.*

objective du droit qui donne à l'une quelconque des parties le droit de demander l'extinction du traité si un changement essentiel de circonstances fait disparaître la *ratio juri* de la convention.

De nature extra-contractuelle, la doctrine en question met l'accent sur l'événement extérieur, le *fait condition*, qui déclenche des conséquences de droit. Selon Sir Fitzmaurice, le principe *rebus sic stantibus* est "une conséquence qui découle *naturellement* de certains événements, qui ne relève pas d'une clause présumée ou tacite du traité, mais se trouve imposée de l'extérieur."(1) Toutefois, Fitzmaurice ne précise pas la source juridique qui a conféré aux événements émanant de l'extérieur la force de produire des effets juridiques; est-ce une règle de droit naturel, de droit coutumier international ou un principe général reconnu par les nations civilisées ? L'éminent juriste ne s'est pas prononcé explicitement, mais l'analyse qu'il a consacrée à la notion des "conséquences qui découlent *naturellement* de certains événements" laisse entendre qu'il s'agit d'une transposition des principes du droit français concernant l'imprévision et des principes anglo-américains relatifs à la théorie de "frustration" plutôt qu'un recours au droit naturel.(2) Pour le deuxième rapporteur, Sir Waldock, cette "théorie est manifestement reconnue par le droit coutumier" et cela "en dépit de la méfiance qu'elle inspire, et des divergences de vues que suscitent certains de ces aspects."(3).

Faute de pouvoir discuter dans le cadre de cet exposé toutes les décisions judiciaires et la pratique des Etats concernant la règle *rebus*

---

1. cf. *Annuaire*, 1957, vol. II,'p. 66

2. En invoquant les "principes analogues, ou principes aboutissant à des résultats très voisins, (ayant) reçu une large audience en droit privé", Fitzmaurice a précisé : "Bien que cela ne soit pas concluant..., on peut penser qu'il y a lieu de reconnaître, dans une certaine mesure, ce principe en droit international" (*Annuaire*, 1957, vol. II, p. 65). Ensuite,'pour appuyer la thèse d'une "règle objective de droit", le Rapporteur ne se contente pas de prouver que cette théorie "est plus conforme aux tendances modernes ... sur le plan du droit international, mais aussi dans le domaine des théories correspondantes de droit privé" (*Ibid*), p. 67, et les décisions judiciaires récentes rendues par la jurisprudence française et anglaise citées dans la note No. 95). Enfin, pour justifier sa préférence à la thèse d'un "principe de droit relatif", il reprend les termes de Lord Summer dans l'affaire *Hurji* Mulji "à propos de la théorie anglaise analogue de la frustration" qualifiée comme étant "un moyen grâce auquel les règles relatives aux contrats de droit strict se concilient avec une exception particulière que réclame la justice" (*Ibid.*, p. 68).

3. *cf.* Commentaire de Sir Waldock concernant l'article 22 de son Projet, *Annuaire*, 1963, Vol. II, p. 84.

b) Si, par contre, les parties ont eu réellement une intention à ce sujet, que cette intention soit exprimée dans le traité ou qu'elle ressorte clairement d'une interprétation correcte du traité, il n'est nullement besoin de recourir à un principe abstrait tel que *rebus sic stantibus*. Dans de telles circonstances, le traité prendra fin du fait de sa propre interprétation et de son propre effet. Par conséquent, la thèorie classique d'une clause implicite, en tant que prétendu fondement juridique du principe *rebus* aboutit en réalité à nier que ce principe ait une existence'indépendante(1).

c) Il existe de grands dangers dans le fondement intérieur en tant que clause contractuelle tacite pour la force obligatoire des traités, car, sous couvert d'interprétation, il ouvre la voie à d'innombrables et incessantes modifications. Il introduit dans les rapports interétatiques, un principe destructeur du droit conventionnel en aboutissant à ce que tout traité contiendrait le germe de sa propre destruction(2)

Par conséquent, le projet a préféré de considérer le changement fondamental des circonstances comme un principe de droit objectif relatif à l'extinction des obligations conventionnelles indépendamment de la volonté des parties, c'est-à-dire qui fonctionne sans avoir besion d'invoquer une clause tacite comme prétexte justifiant sa mise en oeuvre.

DEUXIÈME CHAPITRE

LA THÈSE D'UNE "RÉGLE OBJECTIVE DE DROIT"

Après avoir écarté le fondement contractuel de la *rebus sic statibus*, le projet de la Commission a adopté la thèse proposée par les deux rapporteurs spéciaux Fitzmaurice et Waldeck selon laquelle on considère que le droit international impose aux parties d'un traité une règle

---

1. Il en résulte que le principe *rebus sic stantibus*, selon la thèse de la clause implicite, n'est qu'une simple règle technique pour l'interprétation du traité. Autrement dit, le changement fondamental des circonstances ne doit.être considéré comme une cause indépendante pour l'extinction des obligations conventionnelles.

2. Après avoir cité Rousseau, qui a eu le mérite d'attirer l'attention sur cet aspect destructeur de la thèse d'une "pesudo-clause tacite", Fitzmaurice souligne "la facilité avec laquelle on peut forger des interprétations et de défendre de façon plausible des interprétations données", ce qui mène nécessairement à l'insécurité juridique (Rapport, *op. citè*, p. 68).

sèment comme une règle d'interprétation de la volonté (article 28) (1), et le *Restatement of the Law School* concernant les relations étrangères des Etats-Unis, adopté et promulgué par l'*American Law Institute* le 26 mai 1962, l'a adoptée dans le chapitre 4 intitulé "Interprétation of International Agreement" (règle No. 153) (2). Le commentaire précise le sens de l'article comme consecration d'une "regle d'interprétation designee pour assurer les obligations voulues par les parties, plutôt qu'un principe qui décharge une partie de l'exécution de ses obligations"(3)

Dans son rapport de 1957, Sir Fitzmaurice a reconnu que cette doctrine classique est"jusqu'à présent, dominante"(4) et son successseur Sir Waldock a constaté dans son rapport de 1963 qu'elle est certes fort ancienne" et consacrée „dans la grande majorité des ouvrages." (5) Cependant, les deux rapporteurs spéciaux se sont prononcés contre la thèse d'une clause toujours sous-entendue pour les raisons suivantes :

a) La notion de l'intention des parties est assez fictive. Elle aboutit généralement à leur attribuer des idées qu'elles n'ont jamais eues parce que, dans la plupart des cas, les gouvernements intéressés n'auront ni prévu les changements qui se sont effectivement produits, ni même, d'une façon générale, envisagé que des changements des circonstances essentielles pourraient survenir(6)

---

1. Sous le titre "*Rebus Sic Stantibus*", l'article 28 dispose: "A Treaty entered into with reference to the existence of a state of facts the continued existence of which was envisaged by the parties as a determining factor moving them to undertake the obligation stipulated, 'may be declared by a competent international tribunal or authority to have cessed to be binding, in the sense of calling for further performance, when the state of facts has been essentially changed ..." (*Draft Conventions*, Part III, Law of Treaties, 1935, p. 1080).

2. Intitulée "Rule of rebus sic stantibus : substantial change of circumstances", la règle 153 dispose : "An international agreement is subject to the implied condition that a substantial change of a temperary or permanent nature, in a state of facts existing at the time when the agreement become effective, suspends or terminates,as the case may be, the obligations of the parties under the agreement to the extent that the continuation of the state of facts was of such importance to the achievement of the objectives of the agreement that the parties would not have intended the obligations to be applicable under the changed circumstances" (*Restatement Second. Foreign* 1965, p. 467.

3. *Ibid.*, p. 468.

4. *Annuaire*, 1957, vol II, pars. 149, p. 67.

5. *Annuaire*, 1963, vo. II, pars. 8, p. 87.

6. *cf.* Fitzmaurice, Rapport sur le droit des traités, *Annuaire*, 1957, vol. II, pars. 149, p. 67.

cite".(1) Toutefois, cette option ne signifie nullement la condamnation de tout recours à l'interprétation de la volonté. Des aspects "subjectivistes" persistent dans l'article 59. (2) Ils reflètent les particularités de la règle *rebus sic stantibus* malgré sa place parmi les causes d'extinction des obligations conventionnelles. Et la question se pose maintenant de savoir dans quelle mesure l'oeuvre de la Commission a réussi la réconciliation entre les différentes thèses tout en restant fidèle aux précédents judiciaires et diplomatiques.

PREMIER CHAPITRE

LA THÈSE D'UNE "CLAUSE IMPLICITE"

D'après *le Repertoire de Droit International* de Lapradelle et Niboyet, "on considère généralement que cette subordination de la force obligatoire du traité ou changement des circonstances. résulte d'une clause tacite sousentendue dans les rapports internationaux."(3)

Cette presentation de la *rebus sic stantibus* est conforme à la tradition d'une clause ou *clausula* présumée dans chaque convention. Elle a trouvé son expression la plus parfaite en Europe chez Anzilotti et Ténèkidès le père(4), et elle reste toujours la thèse quasi-officielle aux Etats-Unis.(5) Le Projet de *Harvard Law School* l'a consacrée expres-

---

1. D'après Sir Fitzmaurice, "il semble préférable de considérer le principe *rebus sic stantibus* comme un principe de droit objectif" (*Annuaire de la Commission du droit international.* vol. II, 1957, p. 68). Sir Waldock déclare, à son tour, que „nous nous associons également à notre prédécesseur pour recommander à la commission de se fonder sur la thèse solon laquelle le principe *rebus sic stantibus* est une règle de droit objective, plutôt qu'une présomption en vertu de laquelle l'intention initiale des parties aurait été de soumettre le traité à une condition tacite" (*Annuaire*, 1963, Vol. II, p. 86).

2. Dans son analyse critique de l'article 59, M. Lissitzyn est arrivé à la conclusion suivante : "It is apparent that Article 59 results in a piling up of subjectivities rather than their diminution" (*American Journal of International Law*, 1967, p. 915).

3. Supplèment, 1934, p. 115.

4. *cf.* G.C. Ténèkides, article, *op.cit.*, p. 273 *ss.*

5. Selon Cheeney Hill, "the doctrine of *rebus sic stantibus* is based juridically upon the intention of the parties ... It is not an objective rule of international law which is imposed upon the parties, but is a rule for carrying the intention of the parties into effect" (Thèse, *op.cit.*, p. 77).

clause tacite dans chaque traité qui permet sa dénonciation lorsque les circonstances qui avaient une importance fondamentale lors de la conclusion de l'accord n'existent plus.(1) Une deuxième tendance refuse toute allusion à la volonté des parties en dénonçant l'attachement aux textes des traités qui aboutit à des interprétations souvent fictives et dont les conséquences sont inacceptables(2) En effet, nombreux sont les auteurs contemporains qui acceptent *rebus sic stantibus* en tant qu'expression d'une règle juridique indépendante de la volonté des parties contractantes et qui découle de l'ordre objectif. (3) Toutefois, les opinions sont partagées sur le fondement de cette règle objective de droit. Les uns invoquent le droit de conservation exercé légitimement par l'Etat lorsque l'exécution dun traité met en danger son existence ou ses droits fondamentaux(4). D'autres se réclament du principe de la bonne foi en considerant qu'il serait contraire à la bonne foi de demander l'exécution d'une obligation dans des circonstances qui n'étaient pas prévues au moment de la conclusion d'un traité(5) D'autres procèdent à la transposition sur le plan international des principes généralement reconnus dans les systèmes internes tels que la thèorie française de l'imprévision ou le principe de "frustration" du droit angloaméricain.(6)

Face à ces opinions divergentes et ces tendances contradictoires, la Commission de Droit International a opté pour la thèse d'une "règle objective de droit" et a rejeté la thèse d'une "clause tacite" ou "implici-

---

1. Pour un exposé détaillé de cette tendance, voir : Chesney Hill, *The* Doctrine of Rebus Sic Stantibus, University of Missouri Studies, 1934. P. 8 ss.

2. *cf.* Ch. Rousseau, *Principes generaux de droit international public*, t. 1, Paris, 1944, p. 580 *ss.*

3. On trouvera un exposé particulièrement net de cette tendance dans : H. Lauterpacht, *The Function of Law in the International Community*, London, 1959, p. 270 *ss.*

4. *Voir*, en ce qui concerne l'analyse critique de cette interprétation avancée par Kaufmann : Chesney Hill, *op.cit.*, p. 10 *ss.*

5. Pour l'exposé de ce fondement adopté par Le Fur et Ripert, *voir* G.C. Ténekides, article, *op.cit.*, p. 276 *ss.*

6. *cf.* M. Lauterpacht, *Private Law Sources and Analogies of International Law*, Lindon, 1927,'p. 167 *ss.*; et Jonn Fischer Williams, ,,The permanence of treaties", *American Journal of International Law*, g1928, p. 132 *ss.*

rtaient à l'exécution des concordats(1) Saint Thomas d'Aquin l'a analysé dans la Somme Théologique et il fut également étudié dans la littérature philosophique de la Renaissance et de la Réforme(2) C'est sous l'influence des Glossateurs que la règle *rebus sic stantibus* fut introduite dans la doctrine du droit des gens pour trouver une place importante dans les oeuvres de Gentilis, de Grotius et de Vattel.(3) Sans parler des auteurs modernes, le changement fondamental des circonstances fut invoqué devant les juridictions internationales et dans la pratique diplomatique dans soixante six cas.(4)

Comment, donc, peut-on concilier cet axiome millénaire avec le vieux principe *pacta sunt servanda* ? A première vue, la règle *rebus sic stantibus* remplit une fonction qui est contraire à celle de la *pacta sunt servanda* (5) En fait *r.s.s.* peut réaliser le dynamisme nécessaire aux rapports juridiques si elle est appliquée d'une façon équitable et non abusive.(6)

Afin d'assurer l'existence d'un droit "efficient et en même temps équitable", les auteurs ont essayé de concilier les deux impératifs apparement inconciliables par des voies différentes. Ainsi, une première tendance prédominante au XIXe siècle, et dont l'origine remonte à Vattel, justifie le recours à la règle *rebus sic stantibus* et les atteintes qu'elle porte au principe de l'inviolabilité des traités, par l'existence d'une

---

1. M. de Taube, "L'inviolabilité des traités", *Recueil des Cours de La Haye*, 1930, p. 369 ss.

2. *cf.* H. Lauterpacht, "Spinoza and the International Law", *The British Year Book of International Law*, 1927, p. 99 ss.

3. *Voir* : G. Cattand, *La clause rebus sic stantibus du droit* privé au droit international, Paris, 1922, p. 22 *ss.*

4. Une liste exhaustive de précédents judiciaires et diplomatiques fut dressée par Harward Law School dons son commentaire de l'article 28. du projet élaboré en 1955 pour la codification du Droit International, pp. 1080 — 1110; et cette liste fut complétée par *The American Law Institute* dans le commentaire de la régle 153 du *Restatement of the Law Second* — Foreign Relations Law, 1965, pp. 468—473.

5. C'est purquoi Ingrid Datter arrive à la conclusion suivante : „...; Therefore, we feel compelled to dismiss this doctrine as a separate ground for termination" ((*Essays on the Law of Treaties*, Stockholm — London, 1967, p. 99).

6. D'après M. Bogaert, "nous pouvons trouver dans la règle *pacta sunt servanda* et la régle *rebus sic stantibus* les deux éléments qui doivent assurer l'existence d'un droit éfficient et en même temps équitable" (article, *op.cit.*, p. 50).

de faire une ceuvre scientifique en recherchant la position actuelle du droit positif afin de codifier la *lege late* ou pour avancer quelques propositions constructives de *lege ferenda*(1).

Nous nous contenterons dans cet exposé de présenter une vision analytique et critique de ces efforts en précisant dans une première partie le fondement juridique de l'article 59 du projet, et en étudiant dans une deuxiéme partie les conditions de sa mise en oeuvre.

Première partie : Le fondement juridique de l'Article 59

Il serait évidemment impossible de douter de la valeur primordiale de la règle *pacta sunt servanda* comme base du droit des traités. En effet, les conventions internationales constituent la principale source des règles du droit international, et sans le principe de l'inviolabilité des traités, la Communauté internationale serait privée d'une stabilité juridique qui est essentielle pour son existence.(2)

Cependant, l'histoire nous montre que la *rebus sic stantibus* est l'une des plus anciennes règles des conventions internationales.(3) Ce principe était déjà connu dans le monde hellénique. Dans la pratique de la Grèce antique, certaines procédures furent prévues pour l'adaptation des conventions aux changements importants qui pourraient intervenir dans les relations politiques (4). Egalement reconnu dans le droit de l'Islam,(5) le principe se retrouve aussi dans le droit canonique du Moyen Age et il fut invoqué à plusieurs reprises dans des litiges qui se rappo-

---

1. *Voir* : J. Dehaussy, „Les Traités", *Juris-Clausseur de Droit International*, Fasc. 12 D.

2. L'article 23 du Projet consacre explicitement la régle *Pacta sunt Servanda* considérée par le Commentaire-comme "le principe fondamental du droit des traités", Rapport de la commission du Droit International sur les travaux de sa dix-huitème session, 4 mai-19 Juillet 1966, p. 65.

3. *cf.* Bogaert, *op. cit.*, p. 51.

4. *Voir* : E. Egger, *Etudes historiques sur les traites publics chez les Grecs et les Romains*, Paris, 1866, p. 87 ss.

5. A. Mussbaum, *A Concise History of the Law of Nations*. New York, 1947, p. 198 *ss*.

Les partisans de chaque tendance essaient de trouver un appui pour soutenir leur système aprioristique dans la jurisprudence ou dans la pratique 'diplomatique. Ainsi, les mêmes décisions judiciaires ou arbitrales et les mêmes précédents interétatiques sont interprétés différemment par les uns et les autres pour justifier des thèses contradictoires.

Cette complexité a permis à Georges Scelle de parler, non sans quelque ironie, de "cet axiome de notre science, qui devient trop souvent le pont aux ânes de nos algèbres et le cul-de-sac de nos dissertations"(1).

En effet, il est extrêmement difficile à celui qui entend explorer un terrain si complexe de faire abstraction de toutes les considérations doctrinales qui vont de Kelsen à Alvarez. Si le premier rejette une doctrine qu'il considère comme en opposition aux buts essentiels de l'ordre juridique international, le deuxième fait de la même doctrine la pierre angulaire sur laquelle la Cour Internationale de Justice doit bâtir le nouveau droit international(2) Dans son opinion individuelle affaire Détroit de Corfou—Alvarez n'a pas á hésité à déclarer : " la faculté qu'à la Cour ... de renouveler le droit internatinal n'est que l'application dans tout ce droit de la doctrine relative à la clause *rebus sic stantibus*; le principe qui l'anime est le même : c'est un principe de jusice sociale(3)".

C'est précisément à travers des prises de positions si contradictoires, et dans un domaine hautement politisé,'que la Commission de Droit International a élaboré son projet(4) Au sein de la Commission et à la Conférence de Vienne, Kelséniens et Alvaréziens se sont affrontés, les uns pour défendre la stabilité des rapports juridiques et les autres pour promouvoir la "Justice sociale."(5) Mais, certains autres onte ssayé

---

1. Note dans la *Revue Generale de Droit International Public,* 1934, p. 91.

2. *cf.* Lecs, *op. cit.*, p. 248 ss.

3. *Recueil des Arrets de la Cour Internatinale de Justice,* Affaire du Détroit de Corfou, p. 41.

4. *Voir* : Rapport de Sir Fitzmaurier, *Annuaire de la Commission du Droit International,* 1957, Vol. 11, p.64 ss.

5. Sur l'analyse critique des attitudes contradictoires soulevées par le projet de la Commission, voir : O.J. Lissitzyn, "Treatied and changed circumstances (Rebus sic Stantibus)", *American Journal of International Law,* 1967, p. 895 ss.; et *Idem* „Stability and change : unilateral denunciation or suspension of treaties by reason of changed circumstances", *Proceedings of the American Society of International Law,* 1967, p. 186 ss.

"LE CHANGEMENT FONDAMENTAL DES CIRCONSTANCES" (L'ARTICLE 59 DE PROJET DE LA COMMISSION DE DROIT INTERNATIONAL

Par

AFAF MOUHAMAD MOURAD MAHFOUZ

Docteur es Sciences Politiques ((*Paris*) *Chargée de recherches au centre d'études* (*Al Ahram*)

La conciliation entre "stabilité et mouvement dans l'ordre juridique international",est une question fondamentale, mais très controversée. (1) Elle se pose dans la littérature juridique à l'occasion d'une maxime romaine connue sous le nom de „rebus sic stantibus" que les uns invoquent comme une règle générale de droit objectif consacrée par la coutume internationale, tandis que certains autres essayent de lui nier toute valeur juridique en dénonçant ses effets nuisibles à la stabilité des rapports conventionnels.(2) Une troisième tendance cherche un *modus vivendi* entre les antagonistes en proposant de réserver à *rebus sic stantibus* une place limitée dans l'ordre juridique international sous la forme d'une "clause implicite" qui découle de la volonté des parties. En invoquant une volonté plutôt hypothétique, les adeptes de cette dernière théorie, veulent tracer un chemin moyen entre la "psychose récisionniste" et l'attachement inconditionnel su *statu quo*.(3).

---

* Cet article est l'aboutissement d'un rapport presenté au Centre de Recherche de l'Académie de Droit international à La Haye pendant la session de l'année 1968 sous la direction de Monsieur le Professeur G. Ténékidés.

1. *Voir* : M. Bourquin, „Stabilité et Mouvement dans l'ordre juridique international", *Recueil des Cours de La Haye*, t. 64, 1938, p. 396 *ss*.

2. Pour une analyse récente de ette controverse doctrinale, *voir* : Poch de Cairedes, "De le clause rebus sic stantibus à la clause de révision dans les conventions internationales", *Recueil des Cours de La Haye*, t. 118, 1966, P. 218 *ss*.,sic stantibus dans le droit des gens actuel", *Revue Generale de Droit International Public*, 1966, p. 49 *ss*.

3. *cf*. C.G. Tenékidés. "Le principe rebus sic stantibus, ses limites rationnelles et sa récente évolution",*Revue generale de Droit International Public*, 1934, p. 273 *s*.,; et J. Leca, *Les techniques de revision des conventions internationales*, Paris, 1961, *s*p. 234 *ss*.

"Majallat Al-Hoqouq"

(REVUE DE DROIT)

POUR LES ÉTUDES JURIDIQUES ET ÉCONOMIQUES

PUBLIEE PAR LA FACULTE DE DROIT
DE L'UNIVERSITÉ D'ALEXANDRIE

Fondateur de la Revue : *Dr. ZAKI ABD-EL MOUTAAL*
Directeur de la Rédaction : *Dr. HASSAN KIRA*

15 ème ANNÉE, 1970
No. 1

ALEXANDRIA UNIVERSITY PRESS
1 9 7 1

REVUE AL HOQUOQ

POUR LES ETUDES JURIDIQUES ET ECONOMIQUES

PUBLIEE PAR
LA FACULTE DE DROIT
UNIVERSITE D'ALEXANDRIE



Vol. XV
1970 – No. 1